Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vor der Eintragung in das Handelsregister.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Erich Heberlein
Referendar am Königl. Amtsgericht in Christburg.

R N B

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Herbert Meyer.
Korreferent: Professor Dr. Leonhard.

Meiner lieben Mutter!

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

(Es sind hier nur die mehrmals und infolgedessen abgekürzt zitierten Schriften aufgeführt.)

Begründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die G. m. b. H. von 1892. Drucksachen des Reichstages VIII. Legislaturperiode 1. Session 1890—1892 Nr. 660.
Biermann, Bürgerliches Recht. Bd. 1. Berlin 1908.
Birkenbihl, Das Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. Berlin 1893.
Brand, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1911.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Teil 2. 5. Aufl. Jena 1912.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.
Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 3. Aufl. Halle 1906.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8./9. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Abt. 1. 4./5. Aufl. Marburg 1909.
Förtsch, Gesetz betr. die G. m. b. H. 2. Aufl. Leipzig 1899.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. Berlin 1909.
v. Garssen, Die rechtliche Natur der Aktienzeichnung. Diss. Breslau 1908.
Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.
Gierke, Deutsches Privatrecht. In Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Bd. 1: Personenrecht. Leipzig 1895.
Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte. 2. Aufl. Berlin 1902.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1901.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. Berlin 1903.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.
Haußmann, Die Gründung der Aktiengesellschaft. Diss. Jena 1911.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1900.
Homberger, Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft. Diss. Würzburg 1906.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 7 Heft 3.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1906.
Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff. In der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für O. Müller. 1892.
Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaft. Bd. 1 u. 2. Berlin 1898, 1904.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. Leipzig 1912.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1902.
Lemle, Rechtliche Natur und Rechtserwerb der Aktiengesellschaft vor der Eintragung ins Handelsregister. Diss. Würzburg 1906.
Liebmann, Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. 5. Aufl. Berlin 1906.
Loewenfeld in v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil §§ 1—89. 7./8. Aufl. München, Berlin 1912.

Makower, Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 13. Aufl. Berlin 1906.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910.
Meurer, Die juristischen Personen nach deutschem Reichsrecht. Stuttgart 1901.
Nußbaum, Beiträge zur Auslegung des § 54 Satz 2 BGB. Im Sächsischen Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 10 1900 S. 337 ff.
Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Buch. 1 2. Aufl. (Gareis). Berlin 1908.
Parisius-Crüger, Das Reichsgesetz betr. die G. m. b. H. 5. Aufl. Berlin 1911.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. 1. 3. Aufl. Berlin 1903.
Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. Berlin 1899.
Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. In Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft. Leipzig 1893.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1910.
Saassen, Die Gründung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Diss. Würzburg 1911.
Sachau, Der nichtrechtsfähige Verein als Unternehmer eines Handelsgewerbes. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 56 S. 444 ff.
v. Seuffert, Kommentar zur Zivilprozeßordnung. Bd. 1. 11. Aufl. München 1910.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1912.
Staub-Hachenburg, Kommentar zum Gesetz betr. die G. m. b. H. 3. Aufl. Berlin 1909.
Swart, Der nichtrechtsfähige Verein nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Göttingen 1899.
Takaki, Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister. Diss. Heidelberg 1906.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Leipzig 1910.

(Die übrigen Abkürzungen sind die allgemein gebräuchlichen.)

---

§ 1.

I. Einleitung.

Die rechtliche Natur der Gesellschaft m. b. H. Verhältnis zur Aktiengesellschaft.

1. Den Kern der folgenden Untersuchungen bildet die Frage nach der rechtlichen Natur der „entstehenden G. m. b. H.", d. h. der durch Abschluß des Gesellschaftsvertrages „errichteten", aber noch nicht durch Eintragung ins Handelsregister zur „Entstehung" gelangten G. m. b. H.[1] Im Hinblick auf diese Frage werden die einzelnen Gründungsakte und von der Beantwortung dieser Frage ausgehend die hauptsächlichsten übrigen im Gründungsstadium vorkommenden Rechtsverhältnisse zu behandeln sein.

Da nun naturgemäß für die Beurteilung eines werdenden Rechtsgebildes der Charakter des vollendeten von erheblicher Bedeutung ist und dies auch für die werdende G. m. b. H. — wie später zu zeigen — in weitestem Maße gilt, so ist hier zunächst die Frage nach der Rechtsnatur der entstandenen, d. h. eingetragenen G. m. b. H. kurz zu erörtern.

Diese Frage kann als eine Streitfrage heute kaum bezeichnet werden. Der Gesetzgeber sagt zwar in der Begründung zu § 13 Abs. 1 des Entwurfs eines Gesetzes betr. die G. m. b. H. von 1892: „Die Frage, ob die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als juristische Person zu betrachten ist, soll damit nicht entschieden werden; sie ist im wesentlichen theoretischer Natur und muß deshalb der Wissenschaft überlassen werden".[2] In den Bestimmungen des § 13 des Gesetzes v. 20. 4. 1892 betr. die G. m. b. H. sind aber der G. m. b. H. alle Eigenschaften beigelegt, welche das Wesen einer juristischen Person ausmachen. Die G. m. b. H. als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden; insbesondere aber haftet den Gläubigern für die Schulden der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen, d. h., da

---

[1] In diesem Sinne ist der Ausdruck „entstehende G. m. b. H." im folgenden stets gebraucht.

[2] Begr. S. 3737.

eine direkte Haftung der Gesellschafter ausgeschlossen ist,[3]) die Gesellschaft als solche, als selbständiges Rechtssubjekt. Demgegenüber können einzelne Momente, wie die Zulässigkeit einer Namensfirma, die event. weitgehende Mitwirkung der Gesellschafter bei der Geschäftsführung, die Möglichkeit von Nachschüssen, zwar das persönliche Element bedeutend in den Vordergrund stellen,[4]) den kollektivistischen Grundcharakter der Gesellschaft aber nicht beeinträchtigen.[5]) Es ist denn auch in Literatur und Rechtsprechung fast widerspruchslos anerkannt, daß die G. m. b. H. — wenigstens von dem für uns hier allein maßgebenden Standpunkte des Zivilrechts[6]) betrachtet — eine juristische Person, eine Körperschaft, ein rechtsfähiger Verein ist.[7])

2. Ein sehr bedeutsames Argument für die Ansicht, daß die G. m. b. H. juristische Person sei, ist u. a. auch die Tatsache, daß die G. m. b. H. in ihrem Wesen eine weitgehende Übereinstimmung mit der nach herrschender Ansicht ebenfalls eine juristische Person darstellenden Aktiengesellschaft zeigt. Man ist bei der Schaffung der G. m. b. H. bewußt von der Grundlage der Aktiengesellschaft ausgegangen[8]) und hat nur gegenüber der „als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft" in einer größeren Vereinfachung und Anpassungsfähigkeit der Gesellschaftsform an die mannigfachsten Bedürfnisse, vor allem in einer Stärkung des persönlichen Elements Abweichungen von der Form der Aktiengesellschaft bringen wollen. Es sind demnach auch die Unterschiede[9]) zwischen der G. m. b. H. und der AG.

---

[3]) Begr. zu § 13 Abs. 2 S. 3737.

[4]) Das war der Wille des Gesetzgebers und ein wesentlicher Zweck bei der Schaffung dieser neuen Gesellschaftsform; vgl. Begr. S. 3726/27.

[5]) vgl. Liebmann S. 10; Parisius-Crüger S. 35.

[6]) Daß im öffentlichen Recht die G. m. b. H. nicht immer als Korporation zu behandeln ist, hat das preuß. OVG. ausgesprochen; vgl. PrOVG. Bd. 30 S. 3ff., Bd. 29 S. 8ff.

[7]) So Staub-Hachenburg Anm. 1 zu § 13; Parisius-Crüger S. 37/38 u. Bem. 1 zu § 13; Liebmann Bem. 1 zu § 1 u. Bem. 1 zu § 13; Förtsch Bem. 1 zu § 13; Birkenbihl Bem. 2 zu § 13; Lehmann, HR. S. 469, 4; Cosack, HR. S. 662 B 1; Makower Bem. Ia, 1 zu § 6; Lehmann-Ring Bem. 2 zu § 6; Gierke, D. PrivR. S. 627 Note 15; Hölder S. 127; Rehbein S. 37, 2a; Dernburg S. 250; Cosack, Bürgerl.R. Bd. 2, 2 S. 519 (§ 305); Enneccerus Bd. 1, 1 S. 241/42; v. Tuhr S. 467; Loewenfeld S. 156/57, 165; Crome, System des deutschen bürgerl. R. (1900) Bd. 1 S. 235/36; Kipp zu Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts (9. Aufl.) Bd. 1 S. 282 Note 2; RGE. Bd. 76 S. 436 und die bei Staub-Hachenburg a. a. O. angeführten Entscheidungen des RG. und KG. Gegen die herrschende Meinung Meurer S. 104ff., der die G. m. b. H. zu den „Gesellschaften mit formeller Rechtsfähigkeit" zählt. Vgl. auch Geiler in Leipziger Zeitschr. f. HR. 1911 S. 510.

[8]) Begr. S. 3728.

[9]) Die bedeutendsten Abweichungen der G. m. b. H. von der AG. bestehen

„nicht in den Grundprinzipien, sondern nur in der einzelnen Ausgestaltung zu suchen".[10]) Diese auch in den Gründungsvorgängen sich zeigende vielfache Übereinstimmung, welche die G. m. b. H. geradezu als eine „Abart der Aktiengesellschaft"[11]) erscheinen läßt, im Verein mit der Tatsache, daß eine theoretische Behandlung der bei der Gesellschaftsgründung sich erhebenden Rechtsfragen bisher fast nur in bezug auf die Aktiengesellschaft stattgefunden hat, und daß demnach die hier anzuwendenden Rechtsbegriffe zum großen Teil dem Aktiengesellschaftsrecht entlehnt werden müssen, wird es gerechtfertigt erscheinen lassen, daß an verschiedenen Punkten der folgenden Darstellung eine vergleichsweise Heranziehung der entsprechenden Vorgänge und Rechtsverhältnisse bei der AG. und der damit sich beschäftigenden Literatur erfolgt ist.[12])

3. Im übrigen sei, um die Behandlung der eingangs genannten Fragen überhaupt zu rechtfertigen, bemerkt, daß dieselben in ihrer theoretischen Bedeutung sich meist nicht auf die Entstehung der G. m. b. H. beschränken, sondern auch bei der AG., der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und überhaupt bei jeder Vereinsbildung auftauchen,[13]) daß sie aber auch praktisch sehr erheblich werden können, z. B. für die Rechtsstellung der Gesellschafter und der Organe (Geschäftsführer) im Gründungsstadium, für die Beurteilung der in diesem Stadium vorgenommenen Rechtsgeschäfte, der aus diesen sich ergebenden Haftungsverhältnisse, des Übergangs der so erworbenen Rechte und Pflichten auf die spätere G. m. b. H. u. a.; und daß diese Fragen auch oft genug praktisch werden, kann bei der heute außerordentlich häufigen Verwendung der G. m. b. H. für wirtschaftliche Unternehmungen und andere Zwecke — es gab 1912 24611 Gesellschaften m. b. H. mit 4497,98 Mill. Mark Kapital, also über viermal so viel Gesellschaften m. b. H. als Aktiengesellschaften[14]) — keinem Zweifel unterliegen.

„mit Bezug auf die interne Beitragspflicht der Mitglieder" (Lehmann, HR. S. 468); vgl. Gareis S. 312.

[10]) Staub-Hachenburg, Allgem. Einl. Anm. 17; vgl. auch Dernburg S. 292; Meurer S. 104.

[11]) Cosack, HR. S. 784.

[12]) vgl. Staub-Hachenburg, Allgem. Einl. Anm. 24, 5, wo gesagt wird, daß „die Rechtsgrundsätze, welche aus der Eigenschaft der Aktiengesellschaft als Kapitalgenossenschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit fließen, für die Auslegung der G. m. b. H. verwertbar sind". Lediglich derartige Rechtsgrundsätze aber sind hier aus dem Aktiengesellschaftsrecht herangezogen worden.

[13]) vgl. Parisius-Crüger S. 46; Lemle S. 26.

[14]) vgl. Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reiches 1913 Heft 1 S. 101 (94).

II. Die Gründung.

§ 2.

1. Der Gründungshergang in seinem äußeren Verlauf.

Die Gründung einer G. m. b. H. ist, wie die Schaffung einer jeden körperschaftlichen juristischen Person, ein infolge seines einheitlichen Zweckes zwar einheitlicher,[1]) nicht aber einfacher, sondern aus mehreren Einzelakten zusammengesetzter Vorgang. Da nun diese einzelnen, in ihrer Aufeinanderfolge gesetzlich geordneten Akte zeitlich auseinanderfallen, demnach der Gründungsvorgang eine mehr oder minder lange Spanne Zeit einnimmt, da andererseits der Endzweck der Gründung, das Bestehen einer fertigen G. m. b. H., erst mit der Beendigung des letzten Teilaktes, nämlich der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister, erreicht ist, indem der § 11 Abs. 2 GmbHG. ausdrücklich bestimmt, daß „vor der Eintragung in das Handelsregister ... die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht besteht", so ergibt sich während eines Zeitraumes vor dem Existentwerden der G. m. b. H. als juristische Person ein eigentümlicher Rechtszustand: es werden die mannigfachsten Rechtshandlungen vorgenommen, und zwar ausnahmslos im Hinblick auf die G. m. b. H. vorgenommen, die G. m. b. H. selbst aber besteht als solche noch nicht. Die nähere Untersuchung dieses Rechtszustandes, der in diesem Stadium vor der Eintragung der Gesellschaft auftretenden rechtlichen Vorgänge und Verhältnisse ist nun hier unsere Aufgabe, und dabei ist es, um einen Überblick über den Gründungsvorgang, seine Ausdehnung und seinen Inhalt, zu erhalten, erforderlich, sich denselben in den — teils notwendigen, teils möglichen — Einzelheiten, aus denen er, zunächst rein äußerlich betrachtet, sich zusammensetzt, zu vergegenwärtigen.

Die Gründung einer G. m. b. H. zeigt dieselben Hauptmomente wie der Gründungshergang bei den übrigen handelsrechtlichen Körperschaftsformen, insbesondere wie der bei der Aktiengesellschaft, wenn auch die Vorgänge sich hier, dem oben S. 2 angedeuteten Charakter und wirtschaftlichen Zweck der G. m. b. H. entsprechend, erheblich einfacher gestalten.[2])

1. Die Gründung beginnt mit dem „Abschluß des Gesellschaftsvertrages", wie das GmbHG. in § 2 Abs. 1 sich ausdrückt, und zwar in gerichtlicher oder notarieller Form. Der Gesellschafts-

---

[1]) vgl. Gierke, PrivR. S. 486.
[2]) vgl. Lehmann, HR. S. 473.

vertrag ist von sämtlichen Gesellschaftern oder durch deren mit gerichtlich oder notariell errichteter oder beglaubigter Vollmacht ausgestattete Bevollmächtigte zu unterzeichnen.[3]) Da das Gesetz eine Mindestzahl von Gesellschaftern, wie dies bei der AG. im § 182 HGB. geschieht, zum Abschluß des Gesellschaftsvertrages nicht verlangt, so sind zwei Personen zum Abschluß erforderlich und ausreichend, und zwar können dies nicht nur physische, sondern nach allgemeiner Ansicht[4]) auch juristische Personen sein.

Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages setzt sich zusammen aus unbedingt notwendigen und bedingt notwendigen Bestimmungen, und die ersteren sind im § 3 Abs. 2 GmbHG. aufgezählt. Danach muß im Gesellschaftsvertrage zunächst enthalten sein die Firma und der Sitz der Gesellschaft. Die Firma kann gemäß § 4 GmbHG. sowohl Sachfirma als auch, worin das individualistische Moment zutage tritt, Personalfirma mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz sein; im letzteren Falle dürfen nur Namen von Gesellschaftern in die Firma aufgenommen werden, außer wenn es sich um die Beibehaltung der Personalfirma eines von der G. m. b. H. übernommenen Geschäftes handelt.[5]) Immer aber muß die Firma den Zusatz „mit beschränkter Haftung" enthalten.[6]) Der Sitz der Gesellschaft muß sich im Inlande (oder in einem deutschen Konsulargerichtsbezirk) befinden.[7])

Ferner muß im Gesellschaftsvertrage der Gegenstand des Unternehmens bezeichnet sein. Dieser braucht durchaus nicht immer in dem Betrieb eines Handelsgewerbes zu bestehen, sondern jeder gesetzlich überhaupt zulässige, also gegen kein Verbotsgesetz des privaten oder öffentlichen Rechts verstoßende Zweck kann gemäß § 1 GmbHG. Gegenstand des Unternehmens sein.[8]) Trotzdem gilt die G. m. b. G. immer als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches,[9]) hat also die besonderen Rechte und Pflichten eines Kaufmanns.

Endlich muß gemäß Ziff. 3 u. 4 des § 3 der Gesellschaftsvertrag die wichtigen Angaben über die finanzielle Grundlage

---

3) § 2 GmbHG.

4) Staub-Hachenburg Anm. 24 ff. zu § 2; Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 2 (S. 94); Liebmann Bem. 4 zu § 2; Förtsch Bem. 9 zu § 3; Saassen S. 56.

5) HGB. § 22.

6) § 4 Abs. 2 GmbHG.

7) Staub-Hachenburg Anm. 5 zu § 3; Parisius-Crüger Bem. 3 zu § 3; Liebmann Bem. I, 2 zu § 3.

8) vgl. Staub-Hachenburg Anm. 4 u. 6 zu § 1; Parisius-Crüger Bem. 3 zu § 1; Liebmann Bem. 2, 3 zu § 1; Lehmann, HR. S. 469; Gareis § 39 I.

9) § 13 Abs. 3 GmbHG.

der künftigen G. m. b. H. enthalten, nämlich die Angaben über den Betrag des „Stammkapitals“ und über die „Stammeinlage“, d. h. „den Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage“. „Die Ziffer des Stammkapitals ist der Betrag der mindestens eingelegten oder einzulegenden Werte, und gleichzeitig ist es der Betrag, den die Gesellschaft an die Gesellschafter nicht eher zu verteilen verspricht, als die Gläubiger befriedigt sind.“[10] Das Stammkapital ist also das Minimum an Kapital, mit welchem die G. m. b. H. von den Gesellschaftern laut Gesellschaftsvertrag auszustatten ist, und es stellt zugleich die Summe dar, bis zu welcher das Gesellschaftsvermögen dauernd das ausschließliche Befriedigungsobjekt der Gesellschaftsgläubiger bleibt.[11] Nach § 5 Abs. 1 GmbHG. muß dieses Stammkapital mindestens 20 000 Mk. betragen. Es muß sich ausschließlich zusammensetzen aus den Stammeinlagen der Gesellschafter und demnach mit deren Gesamtbetrage übereinstimmen.[12] Ist das Stammkapital „derjenige Betrag, den die sämtlichen Gesellschafter mindestens eingelegt oder einzulegen haben“, so ist die Stammeinlage also „der Betrag derjenigen Werte, die der einzelne Gesellschafter mindestens eingelegt oder einzulegen hat“.[13] Die einzelnen Stammeinlagen müssen mindestens je 500 Mk. betragen[14] und — mit Rücksicht auf das im § 47 Abs. 3 geregelte Stimmrecht — in Mark durch hundert teilbar sein;[15] im übrigen aber können die einzelnen Stammeinlagen verschieden hoch sein, eine Vorschrift, die ihren Grund wiederum in der Bestimmung hat, daß jeder Gesellschafter bei Errichtung der Gesellschaft nur eine Stammeinlage übernehmen darf.[16]

Mit den Bestimmungen über diese vier Punkte: Firma und Sitz, Gegenstand des Unternehmens, Stammkapital, Stammeinlagen sind die unbedingt notwendigen Bestandteile des Gesellschaftsvertrages, deren Mangel nach § 75 GmbHG. die Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge hat, erschöpft. Mehr braucht der Gesellschaftsvertrag nicht zu enthalten. Es können aber — und werden wohl meistens — noch weitere, bedingt notwendige Bestandteile hinzutreten, d. h. Regelungen von „Gegenständen, über welche der Gesellschaftsvertrag zwar nicht notwendig Bestimmungen

---

[10]) Staub-Hachenburg Anm. 12 zu § 3.

[11]) vgl. auch Begr. S. 3729; Parisius-Crüger Bem. 5 zu § 3; Förtsch Bem. 7 zu § 3.

[12]) § 5 Abs. 3 GmbHG.

[13]) Staub-Hachenburg Anm. 13 zu § 3.

[14]) § 5 Abs. 1 GmbHG.

[15]) § 5 Abs. 3 GmbHG.

[16]) § 5 Abs. 2 u. 3 GmbHG.

enthalten muß, welche aber nur im Gesellschaftsvertrag geregelt werden können, sofern überhaupt eine Bestimmung über sie getroffen werden soll".[17]) Als solche Gegenstände sind genannt: Die Beschränkung des Unternehmens auf eine gewisse Zeit, die Festsetzung einer Verpflichtung aller oder einzelner Gesellschafter zu weiteren (Neben-)Leistungen außer der Kapitaleinlage, sei es Sachleistungen (z. B. Rohstofflieferungen) oder Dienstleistungen, entgeltlich oder unentgeltlich,[18]) die Einbringung von Sacheinlagen, die Übernahme von Vermögensgegenständen seitens der Gesellschaft gegen eine auf Stammeinlagen anzurechnende Vergütung,[19]) die Aufstellung besonderer Erfordernisse für die Veräußerung, Vererbung und Teilung von Geschäftsanteilen,[20]) die Festsetzung einer etwaigen Nachschußpflicht,[21]) die Bestellung eines Aufsichtsrats, die Bestimmung besonderer Auflösungsgründe,[22]) Bestimmungen über die Liquidation, über die Verteilung des Gesellschaftsvermögens[23]) u. a. m. Alle diese Punkte können, wenn überhaupt etwas über sie bestimmt werden soll, nur im Gesellschaftsvertrage geregelt werden und bilden alsdann (akzidentelle) Bestandteile desselben.

2. Kein Bestandteil des Gesellschaftsvertrages (über dessen rechtliche Natur und Bedeutung für den Gesamtcharakter der Gründung im folgenden Paragraph zu sprechen ist) ist dagegen die Bestellung der Geschäftsführer.[24]) Diese kann gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG. im Gesellschaftsvertrage erfolgen, und es wird das die häufigste und zweckmäßigste Art der Bestellung sein. Ist die Bestellung der ersten Geschäftsführer aber nicht im Gesellschaftsvertrage erfolgt, so bildet sie die zweite Etappe des Gründungsherganges; sie geschieht dann, wie § 6 Abs. 2 bestimmt, nach Maßgabe der Bestimmungen des dritten Abschnittes, d. h. — falls nicht der Gesellschaftsvertrag eine besondere Art der Bestellung vorschreibt — entsprechend § 46 Ziff. 5 und §§ 47, 48 GmbHG. durch einfachen Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter in der Versammlung oder durch einstimmigen Beschluß aller Gesellschafter schriftlich ohne Versammlung. Jedenfalls müssen Geschäftsführer bestellt werden, da nach § 6 Abs. 1 die Gesellschaft solche haben „muß", und zwar

---

[17]) Liebmann Bem. II zu § 3.
[18]) § 3 Abs. 2 GmbHG.
[19]) § 5 Abs. 4 GmbHG.: sogen. „qualifizierte Gründung".
[20]) §§ 15, 17 GmbHG.
[21]) § 26 ff. GmbHG.
[22]) §§ 52, 60 GmbHG.
[23]) §§ 66, 72 GmbHG.
[24]) Staub-Hachenburg Anm. 5 zu § 6 und Anm. 41 zu § 35; Liebmann Bem. 5 zu § 6; Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 6 (RGE. Bd. 44 S. 98); Saassen S. 146.

müssen sie vor der Eintragung der Gesellschaft bestellt werden; denn zur Zeit der Anmeldung der Gesellschaft zum Eintrag ins Handelsregister müssen die Geschäftsführer vorhanden sein, da sie selbst gemäß § 78 mit § 7 Abs. 1 diese Anmeldung zu bewirken und dabei insbesondere auch ihre Bestellungsurkunden (sofern sie nicht im Gesellschaftsvertrage bestellt sind) mit einzureichen und ihre Unterschrift zur Aufbewahrung bei dem Gericht zu zeichnen haben;[25]) außerdem findet sich noch im § 10 Abs. 1 die Bestimmung, daß bei der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister die Personen der Geschäftsführer anzugeben sind. Aus diesen Vorschriften und aus dem Umstande, daß die Geschäftsführer noch andere wichtige Funktionen im Gründungsstadium zu erfüllen haben,[26]) ergibt sich, daß ihre Bestellung vor der Eintragung erfolgen muß; andernfalls wird der Registerrichter die Eintragung der Gesellschaft zu verweigern haben.[27]) Selbstverständlich ist, da ja ein Wechsel in den Personen der Geschäftsführer schon vor der Eintragung denkbar ist, nicht nur die erstmalige, sondern auch eine weitere, ersatzweise Bestellung im Gründungsstadium möglich und gegebenenfalls notwendig, sofern dabei nur die Bestimmungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages beobachtet werden. Zu Geschäftsführern bestellt werden können nach § 6 Abs. 2 alle Gesellschafter oder nur einige oder einer von ihnen oder auch Nichtgesellschafter. Die Besonderheiten ihrer Rechtsstellung vor der Eintragung werden später noch zu behandeln sein.

3. Ein weiterer wichtiger Vorgang im Gründungsstadium ist die teilweise Leistung der Stammeinlagen, wie sie in § 7 Abs. 2 GmbHG. gefordert wird. Daß sie vor der Eintragung der Gesellschaft zu erfolgen hat, ergibt sich aus der Bestimmung des § 8 Abs. 2 (mit § 9 Abs. 1), wonach die Geschäftsführer bei der Anmeldung zur Eintragung die Versicherung abzugeben haben, daß die im § 7 Abs. 2 geforderten Leistungen auf die Stammeinlagen bewirkt sind, und für die Richtigkeit dieser Angaben haften. Ähnlich wie § 195 Abs. 2 HGB. für die AG. bestimmt § 7 Abs. 2 GmbHG. für die G. m. b. H., daß von jeder Stammeinlage, soweit sie in Geld besteht, ein Vierteil, mindestens aber der Betrag von 250 Mk. eingezahlt sein muß, bevor die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister erfolgen darf.

Darüber, was bezüglich der Leistung von Sacheinlagen anzunehmen ist, gehen die Ansichten in der Literatur auseinander. Wir brauchen auf diese Streitfrage, da sie für unser Thema keine

---

[25]) § 8 Abs. 2 u. 3 GmbHG.
[26]) z. B. die Entgegennahme von Einlagen; § 7 Abs. 2 mit § 8 Abs. 2 GmbHG.
[27]) vgl. Staub-Hachenburg Anm. 1 zu § 6; Liebmann Bem. 1 zu § 6.

prinzipielle Bedeutung hat, nicht näher einzugehen und wollen nur beiläufig bemerken, daß schon aus dem Wortlaut des § 7 Abs. 2 [28]) und des § 8 Abs. 2 [29]) sich mit Notwendigkeit die von den Motiven [30]) gewollte Auslegung zu ergeben scheint, daß nämlich die mildernde [31]) Bestimmung des § 7 Abs. 2 sich auf Sacheinlagen nicht bezieht, so daß also diese nicht nur teilweise, sondern ganz sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden müssen, wenn die Anmeldung zur Eintragung erfolgt.[32]) Auch die Streitfrage, in welcher Weise das in § 7 Abs. 2 geforderte Viertel zu berechnen sei, wenn die Stammeinlage sich aus Geld- und Sachleistungen zusammensetzt, können wir übergehen und begnügen uns mit der Feststellung, daß jedenfalls nicht nur Geld-, sondern auch Sacheinlagen schon im Gründungsstadium in die freie Verfügung der Geschäftsführer kommen können und auch tatsächlich kommen.

4. Sobald die bisher behandelten Punkte — Abschluß des Gesellschaftsvertrages, Bestellung der Geschäftsführer, teilweise Leistung der Einlagen — erledigt sind und noch eventuelle weitere Voraussetzungen, wie z. B. Einholung einer erforderlichen staatlichen Genehmigung, erfüllt sind, kann die Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister, und zwar nach § 78 mit § 7 Abs. 1 GmbHG. durch sämtliche Geschäftsführer erfolgen. Der Anmeldung müssen die in § 8 genannten Urkunden beigefügt werden; außerdem haben die Geschäftsführer die schon erwähnte Versicherung bezüglich der teilweisen Leistungen auf die Stammeinlagen abzugeben und ihre Unterschrift zur Aufbewahrung beim Gericht zu zeichnen. Für die Richtigkeit ihrer Angaben bezüglich der Leistungen auf die Stammeinlagen haften die Anmeldenden nach Maßgabe des § 9.

Der Registerrichter prüft alsdann die Gründung, d. h. die Rechtmäßigkeit der Anmeldung (Zuständigkeit, Personalien der Anmeldenden usw.) und die Form und den Inhalt der eingereichten Urkunden, insbesondere des Gesellschaftsvertrages. Herrschender Ansicht nach [33]) ist diese Prüfungspflicht nur eine formale; ob hin-

---

[28]) „soweit nicht . . . gemacht sind".

[29]) „Gegenstand der Leistungen", nicht „Geld" oder „Betrag", wie im § 195 Abs. 2 HGB.

[30]) Begr. zu §§ 7, 8 S. 3735.

[31]) Denn es dürfte als das Naturgemäße und wohl auch — unausgesprochen — im Willen des Gesetzes Liegende anzusehen sein, daß alle Einlagen ganz zur Verfügung der Gesellschaft stehen, wenn sie die Rechtspersönlichkeit erlangt.

[32]) So Parisius-Crüger Bem. 3 (S. 120) zu § 7; Liebmann Bem. 5 zu § 7; Förtsch Bem. 4 zu § 7; vgl. auch § 10 des österr. Gesetzes über G. m. b. H. von 1906. And. M. Staub-Hachenburg Anm. 16 zu § 7; Saassen S. 156 ff.

[33]) Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 8; Liebmann Bem. 4 zu § 10; bezüglich der AG.: Makower Bem. I g 1 zu § 195.

sichtlich der materiellen Wahrheit der bei der Anmeldung angegebenen Tatsachen für den Registerrichter ein Prüfungsrecht oder gar eine Prüfungspflicht besteht, ist bestritten.[34]) Diese Prüfung des Gründungsherganges durch den Registerrichter ist die einzige, die bei der G. m. b. H. stattfindet. Eine besondere Gründungsprüfung durch einen etwa vorhandenen Vorstand oder Aufsichtsrat oder Revisoren und ein Gründungsgutachten wie bei der AG.[35]) kennt das G. m. b. H.-Gesetz nicht.

Entspricht die Gründung in irgendeiner Beziehung den gesetzlichen Erfordernissen nicht, so ist die Eintragung abzulehnen. Andernfalls erfolgt die Eintragung ins Handelsregister und die Veröffentlichung der Eintragung in dem im § 10 vorgeschriebenen Umfange. Damit ist der Gründungsvorgang beendet und die G. m. b. H. — vorausgesetzt, daß die Gründung nicht an wesentlichen Mängeln leidet — mit allen ihren besonderen Eigenschaften zur „Entstehung“ gelangt.[36])

§ 3.

2. Wesen und Bedeutung der Gründung, insbesondere des Gesellschaftsvertrages.

1. Unter den im vorigen Paragraph beschriebenen Rechtsakten, welche zur Entstehung einer G. m. b. H. führen, ist der weitaus bedeutungsvollste natürlich der erste, der Gesellschaftsvertrag; denn er bildet die dauernd maßgebende Grundlage sowohl für die folgenden Gründungsvorgänge wie für das spätere Leben der fertigen G. m. b. H. Demnach muß eine Untersuchung des rechtlichen Charakters der Gründung von dem Gesellschaftsvertrage und den gesetzlichen Vorschriften über diesen ausgehen.

Vorauszuschicken sind noch einige Bemerkungen über die äußere Struktur der G. m. b. H.-Gründung. Sie wird in der Literatur als „Simultangründung“ charakterisiert und in Gegensatz zu der hier ausgeschlossenen „Sukzessivgründung“ gebracht, indem dabei jene im Aktiengesellschaftsrecht üblichen Bezeichnungen auf die Verhältnisse der G. m. b. H. übertragen werden.[1]) Man spricht bei der AG. von Simultan- oder Einheitsgründung, wenn

---

[34]) Dafür Staub-Hachenburg Anm. 1 zu § 10; vgl. Staub, HGB. Anm. 11 zu § 198; Saassen S. 180f.

[35]) HGB. §§ 192, 193.

[36]) § 11 GmbHG.

[1]) vgl. Liebmann Bem. 5 zu § 2; Förtsch Bem. 4 zu § 2; Staub-Hachenburg Anm. 1 zu § 2; Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 2; Cosack, HR. S. 785; Lehmann, HR. S. 474.

die „Gründer", d. h. gemäß § 187 HGB. die Statutfeststeller und etwaige Sacheinleger, alle Aktien der Gesellschaft übernehmen, und zwar in derselben gerichtlichen oder notariellen Verhandlung, in welcher das Statut festgestellt wird,[2]) oder in einer — ebenfalls gerichtlichen oder notariellen — Nachtragsverhandlung, womit dann die Gesellschaft als „errichtet" gilt,[3]) während Sukzessiv- oder Stufengründung vorliegt, wenn die Gründer nicht sämtliche Aktien in Verhandlungen der genannten Art übernehmen, vielmehr der Rest der Aktien im Wege der Zeichnung seitens anderer Personen (oder auch der Gründer) untergebracht und die Gesellschaft alsdann durch den Beschluß einer richterlichen Generalversammlung „errichtet" wird.[4]) Das die Simultangründung von der Sukzessivgründung unterscheidende Moment liegt also darin, daß bei ersterer nur „Gründer", und zwar — was besonders Makower[5]) betont — in den in §§ 182 Abs. 1 und 188 Abs. 2 HGB. vorgeschriebenen Verhandlungen (nicht durch Zeichnung) Aktien übernehmen, und daß infolgedessen die beiden Akte der Statutfeststellung und der Aktienübernahme (=„Errichtung") zeitlich zusammenfallen oder doch wenigstens sehr nahe beieinander liegen.

Eine Anwendung dieser Begriffe auf die Gründung der G. m. b. H. ergibt nun in der Tat, daß bei dieser — nach dem Willen des Gesetzgebers[6]) und entsprechend dem (gegenüber der AG.) mehr individualistischen, den einzelnen Gesellschafter mehr persönlich an das Unternehmen fesselnden und die Beteiligung weiter Personenkreise hindernden Charakter der G. m. b. H. — die Sukzessivgründung ausgeschlossen und nur die Simultangründung möglich ist, indem gemäß § 2 Abs. 1 des G. m. b. H.-Gesetzes sämtliche Gesellschafter der künftigen G. m. b. H. den Gesellschaftsvertrag unterzeichnen, also bei der Statutfeststellung mitwirken, und damit zugleich alle Stammeinlagen übernehmen, also die Gesellschaft errichten müssen; denn nach § 3 Abs. 1 Ziff. 4 GmbHG. muß im Gesellschaftsvertrage bereits „der Betrag der von jedem Gesellschafter auf das Stammkapital zu leistenden Einlage (Stammeinlage)" angegeben sein.[7])

Freilich besteht doch noch eine Verschiedenheit in der Form der G. m. b. H.-Gründung und der AG.-Simultangründung. Bei der AG.

[2]) HGB. § 182 Abs. 1.
[3]) HGB. § 188.
[4]) HGB. §§ 189, 196: vgl. Staub, HGB. Anm. 1 zu § 188; Lehmann-Ring Bem. 1 zu § 188; Lehmann, HR. S. 401/02.
[5]) Bem. III a zu § 188.
[6]) Begr. zu § 2 S. 3733.
[7]) vgl. Saassen S. 15, 16.

sind auch im Falle der Simultangründung die beiden Akte der Statutsfeststellung und der Aktienübernahme nicht nur begrifflich, sondern auch tatsächlich geschieden; denn die Aktienübernahme erfolgt entweder in einer besonderen Nachtragsverhandlung oder, wenn in derselben Verhandlung wie die Statutsfeststellung, doch als ein von dieser auch äußerlich erkennbar getrennter, event. in einer besonderen Urkunde enthaltener Vorgang.[8]) Das Handelsgesetzbuch spricht (in § 188 Abs. 2) nur von einer Übernahme „bei", d. h. bei Gelegenheit der Feststellung des Gesellschaftsvertrages,[9]) in der gleichen Verhandlung mit dieser.

Dagegen fallen bei der G. m. b. H.-Gründung Statutsfeststellung und Anteilsübernahme äußerlich völlig in einen einheitlichen Vorgang, Statut und Übernahmeerklärung[10]) in eine Urkunde, die das Gesetz als „Gesellschaftsvertrag"[11]) bezeichnet, zusammen. Und mit dem Abschluß dieses Gesellschaftsvertrages ist auch die G. m. b. H. „errichtet"; denn die im Gesellschaftsvertrage enthaltene Anteilsübernahme hat für das Existentwerden der G. m. b. H. die gleiche Wirkung, wie sie (gemäß § 188 Abs. 1 HGB.) der entsprechende Vorgang bei der AG.-Gründung, die Übernahme aller Aktien durch die Gründer, hat, daß nämlich damit die Gesellschaft als „errichtet" gilt, d. h. daß seitens der Gründer nunmehr das geschehen ist, was zur Schaffung der be-

---

[8]) vgl. Haußmann S. 22: „Zeitlich muß die Übernahme der Feststellung des Gesellschaftsvertrages folgen".

[9]) Das HGB. gebraucht (in §§ 182ff.) den Ausdruck „Gesellschaftsvertrag" völlig im Sinne von „Statut, Satzung", d. h. für die Verfassung der AG. dauernd maßgebendes Grundgesetz (Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 310ff., Bd. 2 S. 3); ebenso die Literatur: Gierke, GenTh. S. 133, 134 N. 3; Cosack, HR. S. 715; Lehmann, Recht der AG. Bd. 2 S. 7; Makower Bem. I u. IIIa zu § 182; Goldmann Bem. 1 zu § 182. Daß vom Gesellschaftsvertrage in diesem — gesetzlichen — Sinne die Übernahme der Aktien scharf sich scheidet, ist offenbar; denn die auf die Übernahme bezüglichen Angaben bilden keine dauernde Grundlage für die AG., sondern stellen nur das anfängliche Beteiligungsverhältnis der Gründer fest. Vgl. Makower Bem. IIa zu § 182; RGE. Bd. 45 S. 103.

[10]) Diese geschieht dadurch, daß die Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag, der gemäß § 3 Ziff. 4 GmbHG. den Betrag der von jedem, namentlich bezeichneten Gesellschafter zu leistenden Einlage angibt, unterzeichnen (§ 2 Abs. 1 GmbHG.; vgl. Parisius-Crüger Bem. 2 a. E. zu § 2 (S. 95); Gareis S. 138.

[11]) Auch hier muß nun aber gelten, was oben (Anm. 9) mit Bezug auf die AG. gesagt wurde, daß nämlich die auf die Anteilsübernahme bezüglichen Angaben nicht zum Statut als dem bleibenden Grundgesetz der Gesellschaft gehören können, und wenn nun nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 3 Ziff. 4 GmbHG. diese Angaben einen Teil des „Gesellschaftsvertrages" bilden, so ergibt sich daraus, daß das G. m. b. H.-Gesetz den Begriff „Gesellschaftsvertrag" nicht (wie das HGB.) ausschließlich im Sinne von „Statut, Satzung" gebraucht. Der Gesellschaftsvertrag enthält das Statut (GmbHG. § 3 Ziff. 1—3, § 3 Abs. 2, § 15 Abs. 5, § 17 Abs. 3 u. 6, § 26 Abs. 1 u. 3, § 35 Abs. 2, § 52 u. a.), daneben aber auch die nicht zum Statut gehörenden Angaben des § 3 Ziff. 4. Vgl. Saassen S. 15, 2.

grifflich notwendigen Grundlagen für die Körperschaft (von der Anmeldung und Eintragung ins Handelsregister abgesehen) erforderlich ist.[12]) Das G. m. b. H.-Gesetz kennt also die im Aktienrecht betonte Trennung von „Feststellung des Gesellschaftsvertrages“ und „Errichtung der Gesellschaft“ nicht. Beides geschieht hier uno acto, und demnach ist die G. m. b. H.-Gründung noch bedeutend einfacher, sozusagen noch „simultaner“, als die AG.-Simultangründung; sie entspricht mit ihrer einheitlichen Vereinserrichtungshandlung vollkommen der Vereinsgründung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Bei der nunmehr zu behandelnden Frage nach der theoretischen Konstruktion dieses einheitlichen Gründungsaktes, des Gesellschaftsvertrages der G. m. b. H., wird man sich aber der in ihm enthaltenen Einzelmomente: Statutfeststellung und Anteilsübernahme, bewußt bleiben müssen.[13])

Wie die Gründung einer G. m. b. H., einer AG., überhaupt einer Körperschaft juristisch zu konstruieren sei, ist eine alte Streitfrage. Da es sich bei einer solchen Körperschaftsgründung stets um die Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen durch mehrere Personen, die Gründer, handelt und damit die äußeren Merkmale des zweiseitigen Rechtsgeschäftes, des Vertrages, gegeben sind, so ist, namentlich in der älteren Literatur, die Gründung vielfach als Vertrag, und zwar als obligatorischer Vertrag aufgefaßt worden; die AG.-Gründung speziell wird — in Anlehnung an die gesetzliche Bezeichnung „Gesellschaftsvertrag“ — als Abschluß eines Gesellschaftsvertrages angesehen.[14])

Demgegenüber hat insbesondere Regelsberger[15]) darauf hingewiesen, daß ein obligatorischer Vertrag nur ein Verpflichtungsverhältnis unter den Vertragschließenden, niemals aber die Ent-

---

[12]) Das G. m. b. H.-Gesetz enthält zwar keine dem § 188 Abs. 1 HGB. entsprechende ausdrückliche Vorschrift hierüber, es gebraucht aber (in §§ 1 u. 5 Abs. 2) den Ausdruck „Errichtung“, und aus § 5 Abs. 2 ergibt sich unzweifelhaft, daß darunter der Abschluß des Gesellschaftsvertrages zu verstehen ist. Vgl. Parisius-Crüger S. 46.

[13]) vgl. Saassen S. 15: „Gründungserklärung“ und „Übernahmeerklärung“.

[14]) So Behrend, Lehrb. d. HR. Bd. 1,2 S. 722ff; Petersen u. Pechmann, Gesetz betr. die Kommanditges. a. A. u. AG. v. 18. 7. 1884 Bem. 2 zu Art. 175, 175b (S. 28f.); v. Völderndorff desgl. Bem. zu Art. 175f., (S. 92). Von Neueren: Staub, HGB. Bem. 2 zu § 182, wo die Statutsfeststellung als Feststellung des Inhaltes und die Aktienübernahme als Abschluß des Gesellschaftsvertrages aufgefaßt sind; ähnlich Goldmann Bem. 1 zu § 182; Lehmann-Ring Bem. 1 zu § 182; Gareis S. 137; Haußmann S. 68ff.; mit Bezug auf den rechtsfähigen Verein des BGB. vgl. Hölder S. 130 III; eingehendere Zusammenstellungen für die AG. bei Homberger S. 5 u. 7; Haußmann S. 47ff.

[15]) Pand. Bd. 1 § 77 S. 305.

stehung einer Körperschaft, eines neuen Rechtssubjektes, bewirken könne. Ausgehend von dieser Erkenntnis und dem von Kuntze entwickelten Begriff des Gesamtaktes hat sich dann die Ansicht gebildet, die als die heute noch überwiegende bezeichnet werden muß. Danach ist die Gründung einer Körperschaft zwar als Rechtsgeschäft, aber nicht als ein Vertrag, sondern als ein Gesamtakt zu betrachten, und als Kriterium dieser neuen Art von Rechtsgeschäften wird angeführt, einmal, daß es sich beim Gesamtakt nicht um gegenseitige, an die Mitbeteiligten gerichtete, sondern um einseitige, parallel nebeneinander abgegebene Willenserklärungen der mehreren Beteiligten handelt, und sodann, daß der gewollte Rechtserfolg des Gesamtaktes nicht innerhalb der Rechtssphäre der Beteiligten (wie beim Vertrage), sondern außerhalb, also z. B. als Entstehung eines neuen Rechtssubjekts, eintrete.[16])

Noch weiter geht Gierke,[17]) indem er die Vereinsgründung nicht nur von den Verträgen, sondern „als sozialrechtlichen Konstitutivakt, der im Individualrecht kein Vorbild hat", von den Rechtsgeschäften überhaupt ausschließen will. Diese Ansicht erscheint unhaltbar; denn als Privatwillenserklärung, die auf Herbeiführung eines bestimmten rechtlichen Erfolges gerichtet und zu dieser Herbeiführung geeignet, befähigt ist, stellt die Vereinsgründung oder besser die Beteiligung daran zweifellos ein Rechtsgeschäft dar und unterliegt somit den für Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Vorschriften. Die gegenteilige Ansicht würde zu praktisch sehr bedenklichen Konsequenzen führen.[18])

Aber auch die Ansicht, welche die Vereinsgründung als Gesamtakt aus dem Gebiet der Verträge ausschließen will, dürfte schon zu weit gehen. Der Fortschritt der Gesamtaktstheorie liegt in dem Nachweis, daß die Vereinsgründung unmöglich ein obligatorischer Vertrag sein könne. Ist aber diese Erkenntnis einmal gewonnen, so wird man ruhig auch das ins Auge fassen dürfen, was Vertrag und Gesamtakt gemeinsam haben. Beide sind übereinstimmende, auf einen gleichen rechtlichen Erfolg gerichtete Willenserklärungen mehrerer Personen. Sie in prinzipiellen

---

[16]) Kuntze, insbes. S. 73 ff.; Gierke, GenTh. S. 133 ff.; D. PrivR. S. 486; Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 322, 324, Bd. 2 S. 7/8, HR. S. 397, 406; Makower Vorbem. II vor § 178 und Bem. I zu § 182; Lemle S. 32 ff.; Homberger S. 6 ff.; Takaki S. 19, 20, 33, 44; vgl. v. Garssen S. 30 ff., bes. S. 40; Saassen S. 17—21; für die Vereine des BGB. vgl. Kohler Bd. 1 S. 347; Cosack § 295 I (S. 490); Windscheid-Kipp 1a zu § 60 (S. 280); Dernburg § 83 Anm. 13; Oertmann Vorbem. 5 vor § 21.

[17]) D. PrivR. S. 486.

[18]) vgl. RGE. Bd. 57 S. 292 ff., Bd. 62 S. 30, Bd. 68 S. 309 ff., Bd. 71 S. 97 ff. Gegen Gierke bes. v. Tuhr S. 476; vgl. auch Loewenfeld Bem. 6 zu § 25; Oertmann Vorbem. 5 vor § 21, a. E.

Gegensatz zueinander zu bringen, liegt kein zwingender Grund vor. Was speziell die Vereinsgründung vom Vertrage unterscheiden soll (oben S. 14), erscheint bei näherer Betrachtung keineswegs stichhaltig.[19]) Es dürfte den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen, wenn man sagt, die bei der Gründung abgegebenen Willenserklärungen seien nicht an die Mitbeteiligten gerichtet, sondern völlig einseitig, von jedem Gründer selbständig, unabhängig und für sich abgegeben. Zum mindesten liegt doch unter den Gründern eine wechselseitige Kenntnisnahme von den abgegebenen Willenserklärungen und ein wechselseitiges Einverständnis vor; jeder gibt seine Gründungserklärung ab im Hinblick und unter Bezugnahme auf die von den Mitgründern abgegebenen Erklärungen gleichen Inhaltes.[20]) Ebensowenig zwingt der durch die Vereinsgründung bezweckte, angeblich ganz außerhalb der Rechtsverhältnisse der Beteiligten liegende Erfolg, die Entstehung der juristischen Person, der Gründung den Vertragscharakter abzusprechen; denn einerseits wird durch die Gründung nicht nur die Körperschaft, sondern zugleich auch das Mitgliedschaftsverhältnis, also etwas die Rechtssphären der Gründer erheblich Tangierendes, geschaffen,[21]) und andererseits findet sich bei den sogen. Verträgen zugunsten Dritter ebenfalls die Erscheinung, daß die gewollte Rechtswirkung außerhalb der Rechtssphäre wenigstens eines der Kontrahenten eintritt, und doch gehören diese Rechtsgeschäfte unbestritten zu den Verträgen.

Man wird also auch die Vereinsgründung als Vertrag ansehen dürfen, freilich nicht als obligatorischen Vertrag, denn er bezweckt nicht die Herstellung obligatorischer Rechtsbeziehungen unter den Vertragschließeuden, sondern als personenrechtlichen Vertrag, der als selbständige Kategorie neben den Schuldvertrag und den dinglichen Vertrag tritt.[22]) Auch der dingliche Vertrag bezweckt nicht Bindung der Kontrahenten untereinander, sondern Änderung des dinglichen Rechtszustandes, z. B. Begründung eines neuen Sachenrechtes, also eines Rechtsobjektes. Entsprechend ist der personenrechtliche Vertrag auf Änderung des personenrechtlichen

---

[19]) vgl. zum folgenden bes. v. Tuhr S. 477, 478.

[20]) vgl. Haußmann S. 64.

[21]) vgl. außer v. Tuhr a. a. O. auch Rehbein S. 40: Der Vertrag . . . stellt kein obligatorisches Verhältnis zwischen den Mitgliedern, sondern zwischen den Mitgliedern und dem Verein her.

[22]) Völlig übereinstimmend Matthiaß § 27 I (S. 50) und Loewenfeld Bem. 6 zu § 25; für die Vertragsnatur der Gründung ferner: v. Tuhr a. a. O.; Regelsberger, Pand. § 77 VI (S. 305); Meurer S. 212; Planck Bem. 1 zu § 25; Rehbein S. 40; Enneccerus § 99 II (S. 229); vgl. auch Endemann § 42, 1 (S. 185); Goldmann-Lilienthal § 17, 2 (S. 53). Dagegen spricht Biermann § 135, 2 von einem „Beschluß".

Rechtszustandes (Ehe, Adoption), eventuell auf Schaffung eines neuen Rechtssubjektes, einer juristischen Person und der dazu gehörenden Mitgliedschaftsverhältnisse gerichtet.

Der Gesellschaftsvertrag der G. m. b. H. ist demnach ein Vertrag, natürlich nicht ein „Gesellschaftsvertrag" des Obligationenrechts, sondern ein personenrechtlicher Vertrag im oben entwickelten Sinne. Erinnern wir uns des an früherer Stelle (S. 13) über die im G. m. b. H.-Gesellschaftsvertrage enthaltenen Einzelmomente: Statutsfeststellung und Anteilsübernahme, Gesagten, so ergibt sich als Inhalt dieses Vertrages: Einigung der Gründer über die Errichtung der Körperschaft, der G. m. b. H., und über die Organisation, das Statut dieser Körperschaft, zugleich aber auch Unterwerfung der Vertragschließenden unter das Statut der G. m. b. H., also Begründung des Mitgliedschaftsverhältnisses mit allen daraus sich ergebenden Rechten und Pflichten, insbesondere der Pflicht zur Leistung der übernommenen Stammeinlage. Auf den G. m. b. H.-Gesellschaftsvertrag trifft also wörtlich zu, was Regelsberger[23]) vom Vereinsgründungsakt im allgemeinen sagt: „Der Gründungsvertrag wirkt eine Unterwerfung der Vertragschließenden unter die Korporationsgewalt, er ist ein Unterwerfungsvertrag. Er ordnet die Korporationsverhältnisse, er ist ein Organisationsvertrag". Dagegen fallen bei der AG.-Gründung entsprechend ihrer anderen Struktur[24]) Organisationsvertrag und Unterwerfungsvertrag auseinander.

§ 4.

III. Die den gesetzlichen Gründungshergang vorbereitenden und begleitenden Vorgänge und Rechtsverhältnisse.

Nachdem wir im vorigen über die Gründungsakte und ihre Natur Klarheit zu gewinnen versucht haben, wäre nunmehr unsere Aufgabe die Untersuchung dessen, was sich als Wirkung jener verursachenden Rechtsvorgänge darstellt. Zuvor wollen wir aber den Gegenstand unserer Untersuchung, die errichtete und noch nicht eingetragene G. m. b. H., nach einer bestimmten Richtung hin scharf begrenzen und gewisse Rechtsvorgänge und Rechtsverhältnisse vorweg ausscheiden und für sich betrachten, deren Hineinziehung in den eigentlichen Gründungshergang die Ursache

---

[23]) Pand. Bd. 1 § 77 VI (S. 305).
[24]) vgl. oben S. 11, 12.

vieler irrtümlicher Auffassungen gerade hinsichtlich der Rechtsnatur der entstehenden G. m. b. H. zu sein scheint.

1. Es ist üblich, bei der Betrachtung der Gründungsvorgänge nach den Rechtswirkungen, welche sie für die einzelnen beteiligten Personen und für die künftige Körperschaft haben, eine individualrechtliche und eine sozialrechtliche Seite der Gründungshandlungen [1]) zu unterscheiden. Ohne Zweifel ist diese Unterscheidung durchaus gerechtfertigt, indem die meisten Gründungsakte nicht nur für die Entstehung der Körperschaft bedeutungsvoll sind, sondern auch für die Gründer persönlich Rechtswirkungen, insbesondere Verpflichtungen, zur Folge haben. Hierbei darf aber nicht der im vorigen Paragraphen betonte Charakter der Gründungsakte als personenrechtlicher Verträge außer acht gelassen werden. Als solche vermögen die Gründungshandlungen nicht irgendwelche obligatorischen Verpflichtungen der Gründer untereinander zu bewirken. Wenn nun durch eine Gründungshandlung als solche, wie durch die Aktienübernahme oder durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages der G. m. b. H., eine Verpflichtung des einzelnen Gründers, etwa zur Leistung der Einlage oder zu weiterer Mitwirkung bei der Vollendung der Körperschaft, begründet wird, so besteht diese Verpflichtung nicht den einzelnen Mitgründern, sondern der Körperschaft [2]) gegenüber, und sie hat nicht den Charakter einer auf obligatorischem Vertrage beruhenden Leistungspflicht, sondern einer Mitgliedschaftspflicht, wie sie sich aus dem durch personenrechtlichen Vertrag begründeten Mitgliedschaftsverhältnis ergibt; [3]) sie beruht gewissermaßen auf „verfassungsrechtlicher", nicht auf obligatorischer Grundlage. In diesem Sinne haben die Gründungshandlungen überhaupt nur eine „sozialrechtliche" Seite. Dabei ist nachdrücklich zu bemerken, daß hier unter „Gründungshandlungen" nur die vom Gesetz als für das Werden der Körperschaft notwendig vorgeschriebenen, mit Bezug auf die G. m. b. H. oben im § 2 aufgeführten Rechtsakte verstanden werden, nämlich Abschluß des Gesellschaftsvertrages, Bestellung der Geschäftsführer, Leistung der Einlagen, Anmeldung zur Eintragung ins Handelsregister. Alles, was außerhalb dieser Etappen des gesetzlich normierten Gründungsherganges seitens der Gründer für das Zustandekommen der Gesellschaft geschieht, mag tatsächlich für die Gründer persönlich und für die Gesellschaftsgründung sehr bedeutsam sein; es gehört aber nicht zu den gesetzlich vorgeschriebenen

---

[1]) Gierke, GenTh. S. 127/28, PrivR. S. 487; Lemle S. 10, 29; vgl. v. Garssen S. 30 ff.

[2]) d. h. der errichteten, aber noch nicht rechtsfähigen Körperschaft gegenüber.

[3]) vgl. oben S. 16.

Gründungshandlungen und muß bei der theoretischen Konstruktion der Entstehung der Körperschaft außer Betracht bleiben.

2. Was nun eine außerhalb des gesetzlichen Gründungsherganges erfolgende vertragliche Einigung und Bindung der Gründer untereinander angeht, so sei bemerkt, daß eine solche u. E. nicht nur möglich und häufig, sondern geradezu faktisch notwendig ist; denn es ist praktisch undenkbar, daß mehrere Personen, die eine G. m. b. H. oder AG. gründen wollen, an der Gerichtsstelle oder vor dem Notar erscheinen, ohne sich zuvor wenigstens über die Hauptpunkte der Satzung und über ihre Beteiligung geeinigt zu haben (tatsächlich wird meistens schon eine ziemlich detaillierte Einigung vorliegen). Spätestens wird eine solche Einigung der Gründer in der betreffenden gerichtlichen oder notariellen Verhandlung erfolgen müssen; ja es würde nichts im Wege stehen, daß mit dem personenrechtlichen Gründungsvertrage der obligatorische Vertrag (z. B. ein Gesellschaftsvertrag mit dem Zwecke der G. m. b. H.-Gründung) unmittelbar verbunden wäre, wie auch der dingliche Vertrag, z. B. beim Handkauf, mit dem obligatorischen zusammenfallen kann.[4] [5] Eine solche äußerliche Verbindung kann aber dem Gründungsakt seinen eigentümlichen Charakter als personenrechtlicher Vertrag nicht nehmen.

Den Inhalt solcher die eigentliche Gründung vorbereitenden Verträge[6] charakterisiert Gierke erschöpfend, indem er sagt[7]: „Der wesentliche Inhalt solcher Verträge ist stets die Zusage von Leistungen für das Zustandekommen einer in bestimmter Weise geplanten Körperschaft. Bisher unverbundene Personen verpflichten sich, einem aufzurichtenden körperschaftlichen Verbande als Mitglieder beizutreten und behufs Verwirklichung desselben eine bestimmte Tätigkeit oder bestimmte Vermögensaufwendungen oder

---

[4]) vgl. dagegen Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 350.

[5]) In der Frage, wie diese Verbindung des sozialrechtlichen und des individualrechtlichen, des personenrechtlichen und des obligationenrechtlichen Momentes in einer Rechtshandlung juristisch zu erklären sei, liegt eine Hauptschwierigkeit für die Gesamtaktstheorie. Die Aktienübernahme bezw. -zeichnung z. B. enthält zweifellos sozialrechtliche und individualrechtliche Momente. Hier sprechen nun neuere Vertreter der Gesamtaktstheorie von einer Doppelnatur der Übernahme (vgl. Gierke, GenTh. S. 124 N. 2 u. S. 131 N. 3; v. Garssen S. 33ff.). Es ist aber schwer denkbar, wie dieselbe einheitliche Erklärung zugleich Bestandteil eines einseitigen konstitutiven Gesamtaktes und eines zweiseitigen obligatorischen Vertrages sein soll; vgl. Haußmann S. 68. Demgegenüber scheint die obengenannte Verbindung von personenrechtlichem und obligatorischem Vertrag eine zwanglosere Erklärung zu ermöglichen. Vgl. Makower Bem. IIb, 1α zu § 182.

[6]) Über die für Vorverträge erforderte Form vgl. Staub-Hachenburg Anm. 14 zu § 2. Gegen ihn Saassen S. 33ff.; Sternberg, Der Vorvertrag über die Errichtung einer G. m. b. H. usw., Heidelberger Diss. 1909 S. 16ff.

[7]) GenTh. S. 128/29.

beides zugleich zu prästieren. Außerdem können dabei Abreden über die inneren Rechtsverhältnisse der künftigen Körperschaft getroffen und namentlich den künftigen Mitgliedern gewisse körperschaftliche Sonderrechte vorbehalten oder gewisse körperschaftliche Sonderpflichten auferlegt werden. Als Kontrahenten stehen dabei die sämtlichen künftigen Mitglieder entweder einander oder aber einem die Versprechen sammelnden Gründungsunternehmer oder Gründerkonsortium gegenüber. Möglich ist dabei die vorläufige Errichtung einer förmlichen Sozietät, welcher zunächst die Kräfte und Mittel der Beteiligten gesellschaftlich zusammenfassen soll, um sodann in der konstitutierten Körperschaft zu verschwinden".

Damit ist zugleich gesagt, daß derartige Vorverträge[8]) nicht immer zwischen allen Gründern geschlossen zu sein brauchen,[9]) und daß sie keineswegs immer als Gesellschaftsverträge zu betrachten sind, wie es verschiedentlich geschieht.[10]) Ist aber wirklich ein vorbereitender Gesellschaftsvertrag zwischen allen Gründern zustande gekommen, so haben wir es mit einer Sozietät, einer Gelegenheitsgesellschaft zu tun, die nach bürgerlichem Recht[11]) zu beurteilen ist. Der Zweck einer solchen Gelegenheitsgesellschaft ist dann der, die gesetzlich erforderten Grundlagen für das Entstehen der Körperschaft zu schaffen, und mit der einzelnen Gründungshandlung oder mit der Entstehung der Körperschaft — je nachdem die Vornahme des einzelnen Gründungsaktes oder die Körperschaftsbildung im ganzen Gesellschaftszweck war — ist der Gesellschaftszweck erreicht und das Gesellschaftsverhältnis beendet.[12])

3. Diese Sozietät sowie jedes andere zwischen den Gründern etwa bestehende Vertragsverhältnis ist aber — das sei nochmals betont — immer auf besondere vor oder neben den eigentlichen gesetzlichen Gründungsakten hergehende Willenseinigungen zwischen den Gründern, niemals auf die Gründungsakte als solche zurück-

---

[8]) Von diesen die Errichtung der Körperschaft vorbereitenden Verträgen sind wiederum solche zu scheiden, durch welche im voraus äußere, rein individualrechtliche Rechtsverhältnisse zwischen der künftigen Körperschaft einerseits und einzelnen Mitgliedern oder dritten Personen andererseits begründet worden; vgl. Gierke, GenTh. S. 131, D. PrivR. S. 487. Von diesen Verträgen wird späterhin im § 9 noch zu sprechen sein.

[9]) Wenn A, B und C eine G. m. b. H. gründen wollen, so ist es möglich, daß nur zwischen A und B und zwischen A und C, nicht aber zwischen B und C ein diesbezüglicher Vorvertrag geschlossen wird.

[10]) vgl. die „Gründergesellschaft" bei Cosack, HR. S. 724; Lemle S. 12.

[11]) BGB. §§ 705 ff.

[12]) vgl. Gierke, GenTh. S. 130. Die Vornahme einer Gründungshandlung bedeutet alsdann für den einzelnen Gründer natürlich die Erfüllung einer Sozietätspflicht, und dies kann man allerdings auch als „individualrechtliche" Seite des Gründungsaktes bezeichnen.

zuführen.[13]) Wäre es praktisch möglich, daß die Gründer den G. m. b. H.-Gesellschaftsvertrag abschlössen, ohne sich vorher privatim vertraglich geeinigt zu haben und ohne auch mit dem Gesellschaftsvertrage einen obligatorischen Vertrag zu verbinden, so würde auch durch den Abschluß des G. m. b. H.-Gesellschaftsvertrages, da er ausschließlich personenrechtlicher Vertrag ist, kein Sozietätsverhältnis oder eine sonstige vertragliche Bindung zwischen den Gründern zustande kommen.[14])

Diese Erwägungen zeigen zugleich, wie abwegig es wäre, in einer solchen zur Vorbereitung der Gründung unter den Gründern etwa gebildeten Gelegenheitsgesellschaft die entstehende künftige Korporation sehen zu wollen, da diese Sozietät ihre Existenz ja gar nicht auf diejenigen Rechtsakte, die nach dem Gesetz die Körperschaft zur Entstehung bringen, die „Gründungshandlungen", sondern auf von diesen begrifflich scharf zu trennende private obligatorische Verpflichtungen der Gründer untereinander zurückführt.[15])

IV. Die rechtliche Natur der entstehenden Gesellschaft m. b. H.

§ 5.

1. Die Streitfrage und die vertretenen Ansichten.

Es kommt also als „entstehende G. m. b. H." für unsere Untersuchung lediglich das Rechtsgebilde in Betracht, welches durch die gesetzlichen Gründungshandlungen ins Leben gerufen wird. Indem wir aber, wie wir die im vorigen Paragraph behandelten, vor und neben dem eigentlichen Gründungshergang liegenden Vorgänge beiseite lassen, unser Thema auch nach einer dritten Seite abgrenzen, beschränken wir uns darauf, diese errichtete G. m. b. H. lediglich im Gründungsstadium zu betrachten. Produkt der Gründungshandlungen ist natürlich auch die nach Abschluß des Gründungsherganges, d. h. nach Eintragung ins Handelsregister, fertig dastehende G. m. b. H. Sie ist, wie in der Einleitung gezeigt, eine juristische Person, und darüber herrscht im allgemeinen kein Streit. Äußerst streitig ist dagegen, wie die

---

[13]) vgl. vom Standpunkt der Gesamtaktstheorie Gierke, PrivR. S. 487; Kuntze S. 75/76; Lehmann, HR. S. 406; Gareis S. 213; Brand Bem. 7 zu § 182; Homberger S. 4, 6, 9.

[14]) And. M. Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 322; Lemle S. 12.

[15]) vgl. Gierke, GenTh. S. 129 N. 2; Lemle S. 13/14; Saassen S. 124.

Rechtsnatur der G. m. b. H. aufzufassen sei, bevor sie ins Handelsregister eingetragen und damit zur juristischen Person wird.

1. Die Veranlassung zu dieser Streitfrage gibt eine ausdrückliche Vorschrift des Gesetzes. Der § 11 Abs. 1 GmbHG. bestimmt: „Vor der Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft besteht die Gesellschaft mit beschränkter Haftung als solche nicht". So klar damit zum Ausdruck gebracht ist, daß die G. m. b. H. als solche, d. h. mit ihren besonderen rechtlichen Eigenschaften, insbesondere als juristische Person, erst durch die Eintragung ins Handelsregister entsteht, ebenso zweifellos ist damit nicht gesagt, daß vor der Eintragung überhaupt nichts vorhanden wäre, und daß die bis dahin vorgenommenen Gründungshandlungen gar keine rechtlichen Wirkungen hätten. Es ist doch, wie oben S. 12, 13 ausgeführt wurde, bereits mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages die G. m. b. H. „errichtet", und demnach ist unbestreitbar und unbestritten, daß schon vor der Eintragung ins Handelsregister als Folge der Errichtung ein rechtliches Etwas — sei es nun ein bloßes Rechtsverhältnis oder ein Verband dieser oder jener Art — besteht und in irgendwelchem Umfange auch nach außen hin im Rechtsverkehr wirksam werden kann, und nur über die theoretische Konstruktion dieses Rechtszustandes kann im einzelnen Unklarheit herrschen.[1])

Ganz dem nämlichen eigentümlichen Rechtszustande zwischen „Errichtung" und „Entstehung" der Körperschaft und den daran sich knüpfenden Streitfragen begegnen wir übrigens wieder bei der AG. und der Kommanditgesellschaft a. A., auch bei den Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und endlich ganz allgemein bei den rechtsfähigen Vereinen des bürgerlichen Rechts; denn auch diese Vereine müssen bereits errichtet sein, wenn sie durch Eintragung ins Vereinsregister die Rechtsfähigkeit erlangen wollen.[2]) Im § 200 Abs. 1 HGB. (Art. 211 ADHG. von 1861) findet sich eine mit dem § 11 GmbHG. völlig übereinstimmende Vorschrift für die Aktiengesellschaft, die auch auf die Kommanditaktiengesellschaft anzuwenden ist, und das Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften v. 1. 5. 1889 enthält eine dem § 11 GmbHG. ähnliche Bestimmung in § 13. Wir werden also das über jene Handelsgesellschaften im Stadium ihrer Entstehung Gesagte sowie das für die noch nicht eingetragenen

---

[1]) vgl. Staub-Hachenburg Anm. 1 zu § 11; Liebmann Bem. 2 zu § 11; Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 11; Saassen S. 119; PrOVG. vom 20. 2. 1902 in DJZ. 1902 S. 511; RGE. Bd. 58 S. 55.

[2]) vgl. Loewenfeld S. 161 II, 1 u. Bem. B. II zu § 21; Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 490 (§ 295); Gierke, Vereine S. 6, 7; Meurer S. 211; Lemle S. 26, 30.

Vereine des Bürgerlichen Gesetzbuches Geltende im allgemeinen auch bei der noch nicht eingetragenen G. m. b. H. zu berücksichtigen haben.[3])

Eines darf immerhin als feststehend angesehen werden, nämlich daß wir das Wesen der G. m. b. H. vor ihrer Eintragung nach bürgerlichem Recht zu beurteilen haben werden. Da die G. m. b. H. ein Verein ist, so kommen nach einer nahezu einhelligen Meinung[4]) die vereinsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf sie subsidiär zur Anwendung, soweit das G. m. b. H.-Gesetz Lücken enthält und eine solche Anwendung bürgerlichrechtlicher Normen nicht irgendwelchen besonderen Grundsätzen des G. m. b. H.-Gesetzes widerspricht. Da nun das G. m. b. H.-Gesetz über das vor der Eintragung bestehende Rechtsgebilde nichts enthält als die negative Bestimmung des § 11 Abs. 1, daß vor der Eintragung die G. m. b. H. als solche nicht bestehe, und da hiermit deutlich gesagt ist, daß auf jenes Rechtsgebilde die Sätze des G. m. b. H.-Gesetzes noch nicht anzuwenden seien, eine Heranziehung bürgerlichrechtlicher Normen den Grundsätzen des G. m. b. H.-Gesetzes also gar nicht widersprechen kann, so hindert uns nichts, bei der Untersuchung der entstehenden G. m. b. H. von Rechtsinstituten und Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auszugehen.

2. Von den Ansichten, die in Literatur und Rechtsprechung über die Rechtsnatur der G. m. b. H. (und der anderen genannten Gesellschaftsformen) vor ihrer Eintragung aufgestellt worden sind, müssen als die hauptsächlichsten zwei hervorgehoben werden. Von diesen sieht die eine in dem durch die Gründungshandlungen geschaffenen Rechtsgebilde vor der Eintragung eine Sozietät, eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, während die andere Ansicht dahin geht, daß die noch nicht eingetragene Gesellschaft ein nichtrechtsfähiger Verein sei. Mit Bezug auf die G. m. b. H. muß die erstere Ansicht als die überwiegende bezeichnet werden, während für die entstehende AG. und für den entstehenden rechtsfähigen Verein im allgemeinen beide Standpunkte in gleicher Weise vertreten werden. Als Sozietät betrachten die entstehende G. m. b. H.: die Kommentare von Staub-Hachenburg Anm. 2 zu § 11;

---

[3]) Staub-Hachenburg Anm. 2 u. 9 zu § 11; Parisius-Crüger S. 46; Liebmann Anm. 1 u. 2 zu § 11; Sachau S. 445, 446; RGE. v. 22. 3. 1902 in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 854 ff.; RGE. Bd. 70 S. 298 ff., insbes. S. 301; Begr. S. 3736.

[4]) Staub-Hachenburg, Allgem. Einl. Anm. 3, 4; Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 1; Liebmann Bem. 1 zu § 1; Gierke im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 19 S. 132; Cosack, HR. S. 662 B 2, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 520; v. Tuhr S. 467/68; and. M. Dernburg S. 259 IV.

Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 1; Förtsch Bem. 2 zu § 11 und Bem. 5 zu § 2; die Entsch. d. RG. Bd. 58 S. 56 und des PrOVG. in DJZ. 1902 S. 511; die entstehende AG.: Staub HGB. Anm. 4 zu § 188 und Anm. 2 zu § 200; Brand Bem. 1 b zu § 200; Cosack, HR. S. 724 II, 1; Geiler in ZHR. 1911 S. 510; Entsch. d. ROHG. Bd. 6 S. 313, Bd. 7 S. 271/72, Bd. 11 S. 381; RG. in Strafs. Bd. 36 S. 73; den entstehenden Verein überhaupt: Dernburg S. 222/23 Anm. 2. Demgegenüber wird die Auffassung, daß das zwischen Errichtung und Eintragung bestehende Rechtsgebilde ein nichtrechtsfähiger Verein sei, vertreten (teils für die AG. oder G. m. b. H., teils allgemein) von Gierke, GenTh. S. 129, besonders N. 2, Vereine S. 7 N. 2 f.; Loewenfeld Vorbem. II, 1 vor § 21 (S. 161/62); Goldmann-Lilienthal S. 52/53 u. 95 N. 3; Lehmann, HR. S. 408 (§ 80, 1); Makower Bem. II b zu § 188 und Bem. II a, 1 zu § 200; Lehmann-Ring Bem. 1 zu § 200; Goldmann Bem. 2 zu § 200; Ritter Bem. 1 zu § 200; Sachau S. 445/46; Müller in DJZ. 1905 S. 809 (mit Abweichungen); Saassen S. 122 ff.; Homberger S. 21; Lemle S. 25 ff. u. 32 ff.;[5]) vgl. auch Entsch. d. RG. v. 22. 3. 1902 in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 854.

Von den außerhalb dieser beiden Hauptstandpunkte noch vertretenen, weniger in Betracht kommenden Ansichten seien zwei, die sich speziell auf die entstehende G. m. b. H. beziehen, hier erwähnt. Liebmann[6]) nimmt an, daß ein bloßes pactum de contrahendo zwischen den Gründern, die den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen haben, bestände. Der Gesellschaftsvertrag ist aber, wie oben (S. 15, 16) ausgeführt wurde, ein personenrechtlicher Vertrag, dessen Inhalt Errichtung einer Körperschaft ist. Mit dem Abschluß dieses Vertrages ist die Körperschaft errichtet (vgl. oben S. 12); zu welchem weiteren „contrahere“ sollte also dies pactum die Gründer verpflichten? Doch höchstens zur weiteren Mitwirkung bei der Gründung, zur Leistung der Einlagen und zur Anmeldung der Gesellschaft zum Eintrag ins Handelsregister. Darin wird man aber kein contrahere erblicken können. Auch Birkenbihl bestreitet das Bestehen irgendeines Gesellschaftsverhältnisses, aber auch eines pactum de contrahendo. Nach ihm ist der Gesellschaftsvertrag „nur unter der ihm stillschweigend innewohnenden Voraussetzung abgeschlossen, daß die Gesellschaft demnächst durch ihre Eintragung rechtswirksam entstehe; das Inkrafttreten des Gesellschaftsvertrages ist auf diesen Zeitpunkt hinausgeschoben“.

---

[5]) Ähnlich, aber die Anwendbarkeit von § 54 BGB. auf die entstehende AG. verneinend Takaki S. 44 ff.

[6]) Bem. 2 zu § 11.

Demgemäß muß Birkenbihl (S. 83) aber auch bestreiten, daß die Gesellschaft „errichtet" sei,[7] und vermag dann die bereits vor der Eintragung sich tatsächlich zeigenden Wirkungen des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages, wie die Bindung der Gesellschafter,[8] ferner das Vorhandensein und Tätigwerden der Geschäftsführer und andere Erscheinungen des körperschaftlichen Vorlebens nicht zu erklären, sondern muß sie als „auf ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung beruhende Anomalie" bezeichnen.

§ 6.

2. a) Die Vereinsnatur der entstehenden Gesellschaft m. b. H. Gründe dagegen.

1. Wir haben uns also nur noch zwischen den beiden Ansichten zu entscheiden, daß die entstehende G. m. b. H. eine Gesellschaft, oder daß sie ein nichtrechtsfähiger Verein sei. Bestimmend für diese Entscheidung ist die Stellungnahme in jener anderen Streitfrage, ob und welche Unterscheidungsmerkmale zwischen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und dem nichtrechtsfähigen Verein bestehen. Nach § 54 BGB. finden auf Vereine, die nicht rechtsfähig sind, die Vorschriften über die Gesellschaften Anwendung. Danach könnte es ziemlich unerheblich erscheinen, ob die entstehende G. m. b. H. eine Gesellschaft oder ob sie ein nicht rechtsfähiger Verein ist, da sie in beiden Fällen dem Gesellschaftsrecht[1]) untersteht. Gesellschaft und nichtrechtsfähiger Verein sind indessen zwei begrifflich grundverschiedene Dinge. Wenn auf den nicht rechtsfähigen Verein auch die Vorschriften des Gesellschaftsrechts angewendet werden müssen, so ist er deshalb doch noch keine Gesellschaft, sondern immer ein „Verein", wie sein Name und seine Stellung unter dem Titel „Vereine" im Personenrecht, nicht unter dem Titel „Gesellschaft" im Obligationenrecht zum Ausdruck bringt.[2]) Der nichtrechtsfähige Verein gehört zusammen mit dem rechtsfähigen Verein der nämlichen Gattung „Verein" an; rechtsfähiger und nichtrechtsfähiger Verein sind nur Arten dieser Gattung.[3]) Da demnach die Rechtsfähigkeit nur ein Artmerkmal des rechtsfähigen Vereins ist, so gilt es einen von dem Merk-

---

[7]) vgl. dagegen das oben S. 12 Gesagte.

[8]) vgl. oben S. 16, 17.

[1]) BGB. §§ 705 ff.

[2]) So Gierke, Vereine S. 12; Loewenfeld S. 163 Ziff. 3; Goldmann-Lilienthal S. 96 N. 4; Hachenburg S. 476; Meurer S. 59.

[3]) So Loewenfeld S. 161 II, 1; Meurer S. 59; auch Knoke S. 20; vgl. dagegen Leonhard, Allgem. Teil (1900) S. 111.

male der Rechtsfähigkeit unabhängigen,[4]) sowohl für den rechtsfähigen als auch für den nichtrechtsfähigen Verein passenden Gattungsbegriff des „Vereins“ gegenüber dem Begriff „Gesellschaft“ aufzustellen.

Es fällt also die Frage nach dem Unterschied von Gesellschaft und nichtrechtsfähigem Verein mit der allgemeineren Frage nach dem Unterschied von Gesellschaft und Verein überhaupt zusammen, und je nachdem man in dem einen oder anderen Moment das entscheidende Gattungsmerkmal des Vereins gegenüber der Gesellschaft sieht und dieses Moment in der entstehenden G. m. b. H. wiederzufinden glaubt oder nicht, wird man sie für einen nichtrechtsfähigen Verein oder für eine Gesellschaft erklären müssen.[5]) Da also in der Begründung der einen oder anderen dieser Auffassungen von der entstehenden G. m. b. H. stets zugleich die Beantwortung der Frage nach dem Unterschied von Verein und Gesellschaft liegt, so können wir die Behandlung beider Fragen im folgenden verbinden, und indem wir vorgreifend bemerken, daß wir diejenige Ansicht für die richtige halten, die in der errichteten, aber noch nicht eingetragenen G. m. b. H. einen nichtrechtsfähigen Verein sieht, wollen wir, bevor wir dies eingehender begründen, zu den hauptsächlichsten Argumenten der gegenteiligen Ansicht Stellung nehmen.

2. Gewichtigere Gründe für die Auffassung, daß eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft vorliege, sucht eigentlich nur Staub beizubringen, und zwar führt er an, daß einmal ein nicht rechtsfähiger Verein in seiner Existenz von einem Wechsel des Mitgliederbestandes völlig unabhängig sein[6]) und daß er ferner „begriffsmäßig den Zweck haben müsse, in seiner eigenartigen Rechtsgestaltung dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten“.[7]) Beide Momente fehlten aber sowohl bei der entstehenden G. m. b. H. als auch bei der entstehenden AG., und darum seien dieselben nicht als nichtrechtsfähige Vereine, sondern als Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, als Gelegenheitsgesellschaften zu betrachten, die einen „Augenblickszweck hätten, nämlich den Zweck, G. m. b. H. (bezw. AG.) zu werden“.[8])

a) Diese Gründe Staubs vermögen indessen die auf sie

---

[4]) Loewenfeld S. 162 II, 2; vgl. auch Geiler in Leipziger Zeitschr. f. HR. 1911 S. 506.

[5]) vgl. Geiler a. a. O. S. 505.

[6]) Staub, HGB. Anm. 4 zu § 188. Mit Bezug auf die entstehende G. m. b. H. wird dieser Grund bei Staub nicht ausdrücklich angeführt. Ob daraus zu schließen ist, daß Staub bei der entstehenden G. m. b. H. einen Mitgliederwechsel nicht für ausgeschlossen hält, ist nicht ersichtlich. Vgl. unten S. 27 ff.

[7]) Staub-Hachenburg Anm. 2 zu § 11; Staub, HGB. Anm. 4 zu § 188.

[8]) Staub-Hachenburg Anm. 2 zu § 11.

gestützte Ansicht, daß die entstehende G. m. b. H. oder AG. kein nichtrechtsfähiger Verein sein könne, u. E. nicht zu rechtfertigen. Gegenüber dem ersten Grunde, der mangelnden Möglichkeit eines Mitgliederwechsels, ist zunächst zu bemerken, daß es keineswegs feststeht, ob eine solche Möglichkeit, die allerdings von Verschiedenen für ein entscheidendes Merkmal gehalten wird,[9]) unbedingt durch den Vereinsbegriff erfordert wird. Insbesondere führt Gierke[10]) aus, daß sehr wohl „ein wirtschaftlicher Verein auf eine feste Anzahl von Anteilen an einem Grundstück oder Vermögen gebaut sein kann; solche Gebilde können nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch durch Eintragung oder Verleihung rechtsfähige Vereine werden, müssen also auch als nichtrechtsfähige Vereine möglich sein".[11]) In gleichem Sinne äußert Sachau S. 457, daß ebenso wie „es das Wesen der Gesellschaft nicht beeinträchtige, wenn alte Gesellschafter austreten, neue Gesellschafter eintreten", so auch beim Verein „die Personenmehrheit doch Verein bliebe, wenn der Wechsel der Personen durch Statut ausgeschlossen sei". Auch Planck hält offenbar den freien Mitgliederwechsel nicht für etwas durch den Vereinsbegriff unbedingt erfordertes, wenn er sagt,[12]) daß „der Verein regelmäßig (d. h. wenn die Satzung nichts anderes bestimmt) durch Kündigung von seiten eines Mitgliedes (§§ 723, 724 BGB.) aufgelöst wird".[13]) Es ist also nach dieser Ansicht durchaus nicht unbedingt notwendig, daß bei einem Verein, zumal bei einem nichtrechtsfähigen, stets die Möglichkeit des Mitgliederwechsels bestehen muß. Die gegenteilige Ansicht erhebt ein beim Verein zwar häufig, fast regelmäßig vorkommendes Moment, welchem bestenfalls die Bedeutung eines „Erkenntnisgrundes" beizulegen ist,[14]) zu einem begrifflich notwendigen und begeht damit u. E. den nämlichen Fehler, den Meurer (S. 65) den Protokollen, die auch große Mitgliederzahl und idealen Zweck als Vereinsmerkmale betrachten, mit Recht zum Vorwurf macht: sie operiert zu viel mit der Regel. Es ist durchaus nicht undenkbar, daß in einer Personenvereinigung durch das Statut der Eintritt neuer Mitglieder ausgeschlossen und an den Austritt auch nur eines Mitgliedes die Folge der Auflösung geknüpft ist, und daß trotzdem

---

[9]) vgl. außer den bei Gierke, Vereine S. 11 N. 19a Zitierten Staudinger in DJZ. 1900 S. 377; v. Tuhr S. 573; Meurer S. 64, 69; Knoke S. 1.

[10]) Vereine S. 11.

[11]) vgl. auch Homberger S. 20 N. 3.

[12]) Bem. 3k zu § 54.

[13]) Nach Goldmann-Lilienthal S. 98 N. 19 u. S. 99 ist die Zulässigkeit eines Mitgliederwechsels bei einem nicht rechtsfähigen Verein als stillschweigend vereinbart anzusehen, sofern nicht die Satzung ausdrücklich das Gegenteil bestimmt. Ähnlich Hachenburg S. 489.

[14]) Oertmann S. 170.

diese Vereinigung ein Verein, event. sogar ein rechtsfähiger Verein ist. Demnach würde auch in bezug auf die entstehende G.m.b.H. die mangelnde Variabilität der Mitglieder und die geschlossene Mitgliederzahl noch nicht hindern, die Vereinigung als Verein zu betrachten.[15])

Gesetzt aber auch, daß die Richtigkeit der gegenteiligen Ansicht zugegeben werden müßte, so wäre doch erst noch zu untersuchen, ob denn das von Staub geforderte Begriffsmerkmal bei der entstehenden G. m. b. H. wirklich völlig fehlt oder ob nicht doch — wenn auch mit Beschränkungen — die Möglichkeit eines Mitgliederwechsels bei unverändertem Bestande der errichteten Gesellschaft vorhanden ist. Es kann fraglich erscheinen, ob nicht eine Ausdehnung der für die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile einer zur Entstehung gelangten G. m. b. H. geltenden Regeln des § 15 GmbHG. auf das Stadium vor der Eintragung zulässig wäre.[16]) Es ist zwar richtig, daß die Gesellschaft nur auf der Grundlage entstehen, d. h. zur Eintragung gelangen kann, die sie bei der Errichtung gehabt hat.[17]) Als „Grundlage" der Gesellschaft dürfte aber lediglich das „Statut" zu betrachten sein, und zu diesem „Statut" gehören wohl die Angaben über die Gesamthöhe des Stammkapitals der Gesellschaft, nicht aber die Angaben über Person und Beteiligung des einzelnen Gesellschafters,[17a]) wenn sie auch im „Gesellschaftsvertrage" enthalten sind. Tritt also ein Wechsel in der Person eines Gesellschafters ein, während aber die Höhe und Beschaffenheit der betreffenden Stammeinlage und damit des Stammkapitals unverändert bleibt, so liegt wohl eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages, nicht aber des Statuts und damit der Grundlagen der Gesellschaft vor.[18]) Es dürfte eine mit dem tatsächlichen Willen der Gesellschafter nicht in Ein-

---

[15]) Es ist auch zu berücksichtigen, daß, wenn wirklich bei der entstehenden G. m. b. H. der Wechsel von Mitgliedern ausgeschlossen ist, dies doch nur für eine verhältnismäßig kurze Zeit, eben für das Gründungsstadium, gilt, während nach der Eintragung der Gesellschaft die Geschäftsanteile gemäß § 15 GmbHG. veräußerlich und vererblich sind. Daß alsdann aber immer noch derselbe, nur jetzt mit Rechtsfähigkeit ausgestattete Verein wie vor der Eintragung besteht, darüber s. unten S. 29, 35ff. Vgl. auch Lemle S. 37 a. E.

[16]) Zustimmend RGE. v. 5. 1. 1904 in JurW. 1904 S. 123. Dagegen Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 2 a. E. und Liebmann Bem. 3 zu § 8.

[17]) vgl. Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 1.

[17a]) In ihnen liegt die Übernahmeerklärung. Vgl. oben S. 12 N. 10 u. 11.

[18]) Anders liegt die Sache natürlich, wenn an die Stelle einer Sacheinlage eine Bareinlage oder umgekehrt tritt. Hier liegt, da die Bestimmungen über Sacheinlagen sowohl bei der AG. (HGB. §§ 186, 195 Ziff. 2, 199 Ziff. 1) wie bei der G. m. b. H. (GmbHG. §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 3) zum Statut gehören, eine Änderung der Statuten und damit der Grundlagen der errichteten Gesellschaft vor. Einen solchen Fall behandelt mit Bezug auf die AG. RGE. Bd. 21 S. 248.

klang stehende Konstruktion sein, wollte man in einem solchen Falle eine völlige Auflösung der alten und die Gründung einer ganz neuen Gesellschaft annehmen. Auch in der — wohl nicht zu vermeidenden — neuen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages gemäß § 2 GmbHG. wird man dann kaum die Errichtung einer neuen Gesellschaft, sondern nur eine den Mitgliederwechsel erschwerende und Zustimmung aller Gesellschafter nötig machende Form zu erblicken haben, die aber, ebensowenig wie bei der eingetragenen G. m. b. H.,[19]) auch bei der entstehenden den Vereinscharakter beeinträchtigen kann.[20]) Der Mangel der Variabilität der Mitglieder ist also keine durchaus feststehende Eigenschaft der entstehenden G. m. b. H. und würde, auch wenn er es wäre, noch keinen zwingenden Grund gegen deren vereinsmäßige Konstruktion bilden.

b) Noch weniger überzeugend wirkt das andere Argument Staubs, daß nämlich ein nichtrechtsfähiger Verein dazu bestimmt sein müsse, dauernd als solcher im Rechtsverkehr aufzutreten. Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet für die Aufstellung eines solchen Erfordernisses gar keinen Anhaltspunkt. Ein rechtsfähiger Verein kann zu einem vorübergehenden Zweck gegründet und von vornherein satzungsgemäß auf eine bestimmte Lebensdauer beschränkt sein;[21]) warum dies bei einem nichtrechtsfähigen Verein nicht erst recht zulässig sein soll, ist nicht einzusehen.[22])

Man kann wohl annehmen, daß in vielen Fällen der Bildung eines nichtrechtsfähigen Vereins die — wenn auch unausgesprochene — Absicht vorliegt, denselben nicht dauernd als solchen bestehen zu lassen, sondern späterhin einmal die Rechtsfähigkeit zu erwerben. Dies hat auch der Gesetzgeber angenommen und gewollt. Er zwingt den nichtrechtsfähigen Vereinen im § 54 BGB. die Regeln des Gesellschaftsrechts auf, die anerkanntermaßen in verschiedener Beziehung nicht für sie passen.[23]) Diese Maßregel wurde damit gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber (der überhaupt den nichtrechtsfähigen Vereinen nicht sehr sympathisch

---

[19]) vgl. § 15 Abs. 3 u. 5 GmbHG.

[20]) vgl. Staub-Hachenburg, wo in Anm. 75 zu § 15 der Fall des Ausscheidens eines Gründers und Eintritts eines anderen, und in Anm. 50 zu § 2 der Fall, daß vor der Eintragung an Stelle eines nicht entstandenen Geschäftsanteils ein anderer gesetzt wird, behandelt ist und dabei stets nur von „Abänderung", nicht von neuem Abschluß des Gesellschaftsvertrages gesprochen wird.

[21]) vgl. BGB. § 74 Abs. 2; Regelsberger, Pand. Bd. 1 § 77 I (S. 303).

[22]) übereinst. Loewenfeld S. 162; Sachau S. 446; Saaßen S. 123 Anm. 13; abw. Nußbaum S. 344.

[23]) vgl. Gierke, Vereine S. 13; Loewenfeld Bem. A 9 zu § 54; Planck Bem. 3 zu § 54; wohl auch Dernburg S. 244 N. 5; Enneccerus Bd. 1, 1 S. 258 II; v. Tuhr S. 574 u. a.

gegenübersteht) hierdurch die nichtrechtsfähigen Vereine zur Erlangung der Rechtsfähigkeit veranlassen wolle; denn „zwinge er den übrigen (nicht eingetragenen oder konzessionierten) Vereinen die für sie nicht passende Rechtsform der Gesellschaft auf, so bewirke er, daß die Einsicht in die Notwendigkeit der Registrierung der Vereine sich immer mehr einbürgere".[24] Also auch der Gesetzgeber sieht den nichtrechtsfähigen Verein als etwas nicht Dauerndes, als ein „Übergangsstadium" an.[25] Daß er das notwendige Übergangsstadium zu allen rechtsfähigen Vereinen bildet, wird später noch zu zeigen sein.

• Schließlich ist aber noch, wie gegenüber dem ersten Argument Staubs (der mangelnden Variabilität der Mitglieder), so auch gegenüber diesem zweiten (der mangelnden Dauer) geltend zu machen, daß der gerügte Mangel nicht nur die vereinsmäßige Auffassung der entstehenden G. m. b. H. nicht hindern würde, sondern auch bei der entstehenden G. m. b. H. gar nicht vorliegt. Es würde mit der richtigen Auffassung vom Wesen der Körperschaftsbildung im ärgsten Widerspruch stehen, wollte man annehmen, daß mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit (also mit der Eintragung als G. m. b. H.) der vorher bestehende nichtrechtsfähige Verein (= errichtete G. m. b. H.) das Ende seines Daseins erreiche.[26] Er besteht vielmehr auch nach der Eintragung fort, mit derselben Personenmehrheit und derselben Organisation, also als derselbe Verein, nur in seiner rechtlichen Wirkungsfähigkeit durch den Erwerb der Eigenschaft einer juristischen Person erweitert.[27] Auch über diese „Identität" oder „Kontinuität" des nichtrechtsfähigen und des aus ihm entstehenden rechtsfähigen Vereins, die von der Mehrzahl der Schriftsteller und auch in der Rechtsprechung anerkannt, insbesondere aber bei Staub selber[28]) sehr eindringlich betont wird, sowie über ihre weitgehende rechtliche Bedeutung wird im folgenden noch zu sprechen sein.

§ 7.

2. b) Die Vereinsnatur der entstehenden Gesellschaft m. b. H. Gründe dafür.

Sind also, wie im vorangehenden darzulegen versucht wurde, die gegen die Auffassung der entstehenden G. m. b. H. als eines

---

[24] Prot. der Kommission f. d. 2. Lesung Bd. 2 S. 458.
[25] vgl. Sachau S. 463.
[26] vgl. Hahn in DJZ. 1902 S. 504.
[27] In ähnlichem Sinne Biermann S. 483 N. 2.
[28] Staub-Hachenburg Anm. 1 zu § 11.

nichtrechtsfähigen Vereins angeführten Argumente keineswegs zwingender Natur, so bestehen andererseits unabweisliche Gründe, welche für eine solche Auffassung sprechen.

1. Die vielumstrittene Frage, worin denn nun eigentlich das den Verein gegenüber der Gesellschaft kennzeichnende Kriterium liege, glauben wir dahin beantworten zu müssen, daß es für die Feststellung, ob eine Personenmehrheit Verein ist, in letzter Linie allein auf den Willen der beteiligten Personen ankommt, ein selbständiges neues Rechtssubjekt zu schaffen und zum Träger der von den einzelnen Mitgliedern losgelösten, dem Verein zustehenden Rechte zu machen.[1]) Dieser Wille muß nun aber irgendwie erkennbar sein,[2]) und mit Recht hebt Meurer a. a. O. hervor, daß für die Praxis die Schwierigkeit gerade in der Frage liegt: woran erkennt man einen solchen Willen? Das meint auch Gierke, wenn er gegenüber der hier vertretenen Ansicht betont,[3]) daß „nicht der Wille entscheidet, sondern die Tat". Die verschiedensten Momente können es sein, in denen der auf Körperschaftsbildung gerichtete Wille der Gründer zum Ausdruck kommt, der besondere Vereinsname, die Vorstandsverfassung, die offene Mitgliederzahl, die bestimmungsmäßige Dauer u. a. Aber sie alle sind keine sicheren Kriterien der korporativen Tendenz, da sie einerseits — wie oben (S. 26ff.) ausgeführt — keine notwendigen Erfordernisse des Vereinsbegriffs sind und andererseits auch bei einer Gesellschaft vorkommen können.[4]) „Somit bleibt nur übrig, als entscheidendes Kennzeichen des Vereins eine ihrem Gesamtinhalt nach als Körperschaftsverfassung erscheinende Einrichtung zu betrachten. Ein Verband ist ein Verein, wenn er so organisiert ist, daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganze gegenübertritt und im Verkehr als solches sich gibt und genommen wird".[5]) Dem schließen wir uns unbedenklich an, indem wir in der korporativen Gesamtorganisation eines Verbandes das einzige untrügliche Symptom für den Willen der Beteiligten, eine Körperschaft zu bilden, sehen.[6]) Wenn eine

---

[1]) So Hachenburg S. 490/91; Meurer S. 67; Knoke S. 21; Enneccerus S. 269 II; Swart S. 7; Boethke in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 702 vgl. auch Cosack, Bürgerl. R. Bd. 2, 2 S. 468.

[2]) vgl. Cosack a. a. O.

[3]) Vereine S. 11 N. 20.

[4]) vgl. Gierke, Vereine S. 10/11.

[5]) Gierke, Vereine S. 11. Übereinst. Dernburg S. 244 § 79 II; Goldmann-Lilienthal S. 95/96; Nußbaum S. 342; Hellwig, Anspr. u. Klagr. S. 294 und die übrigen bei Gierke a. a. O. N. 20 Zitierten. Außerdem Oertmann S. 169/70; Matthiaß S. 64; Kipp zu Windscheid Bd. 1 S. 259; RGE. Bd. 60 S. 99/100; RGE. v. 20. 10. 1906 in Seufferts Arch. Bd. 62 S. 130.

[6]) vgl. Knoke S. 21.

Personenmehrheit ein Verein sein will, so muß sie sich eine derartige Verfassung geben, daß sie nach innen und nach außen einem Verein gleicht, und dann ist sie auch ein Verein, wenn sie auch, mangels Anerkennung seitens der Rechtsordnung, der Rechtsfähigkeit entbehrt.[7]

Wenn wir nun das Gesagte auf die entstehende G. m. b. H. anwenden und hier nach dem Willen der Gründer fragen, so haben wir den Umstand zu berücksichtigen, daß die G. m. b. H. in dem Zustande, in dem sie sich vor der Eintragung befindet, nicht als etwas Dauerndes, Endgültiges von den Gründern gewollt ist, sondern daß sie demnächst durch die Eintragung in eine vollendetere Gestaltung, die der G. m. b. H., übergehen soll. Dieses zukünftige Schicksal der errichteten G. m. b. H. ist für die Beurteilung ihres gegenwärtigen Wesens von größter Bedeutung, und wir haben demgemäß in unserer Untersuchung eine Zweiteilung vorzunehmen, indem wir fragen: „was will die errichtete, aber noch nicht eingetragene G. m. b. H. sein?" und „was will sie werden?"[8]

2. Von der Beantwortung der ersten Frage wollen die Beurteilung des entstehenden rechtsfähigen Vereins ausschließlich abhängig machen Dernburg[9]) und Müller,[10]) indem sie annehmen, daß vor der Erlangung der Rechtsfähigkeit nicht immer und notwendig ein nichtrechtsfähiger Verein bestehen müsse, sondern nur dann, wenn „die Verbindung als solche (d. h. als Verein) auch vor der Gewinnung der Rechtsfähigkeit in den Verkehr zu treten willens ist, und wenn dies geschah" (Dernburg). Wie oben gesagt, liegt das Kennzeichen der korporativen Tendenz in der korporativen Organisation, und es ist demnach festzustellen, ob der entstehenden G. m. b. H. eine solche körperschaftliche Verfassung eigen ist.

Welche Bestimmungen sind nun maßgebend für die Organisation der entstehenden G. m. b. H.? Nicht die Bestimmungen des G. m. b. H.-Gesetzes; die finden auf die noch nicht eingetragene Gesellschaft keine Anwendung; das ist der Sinn der Worte des § 11 Abs. 1, daß vor der Eintragung die G. m. b. H. „als solche nicht bestehe". Wohl aber die Bestimmungen des im Gesellschaftsvertrage festgestellten Statuts;[11]) denn der Gesellschaftsvertrag und das in ihm enthaltene Statut bilden nicht nur

---

[7]) vgl. Gierke, Vereine S. 12; Endemann S. 203 Ziff. 1; Kohler S. 407 § 179.

[8]) vgl. diese Form der Fragestellung bei Sachau S. 458.

[9]) § 74 I.

[10]) In DJZ. 1905 S. 810.

[11]) vgl. Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 1; RGE. Bd. 58 S. 55.

für die fertige G. m. b. H., sondern auch für die entstehende Ursprung und Grundlage.[12]) Die Auffassung, als sei der Gesellschaftsvertrag in seiner gesamten Wirksamkeit durch die Eintragung der Gesellschaft suspensiv bedingt,[13]) ist u. E. nicht zutreffend; sie findet keinen Anhalt im Gesetz und dürfte auch dem Willen und Bewußtsein der beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages Beteiligten nicht entsprechen. Eher könnte man sagen, daß die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages durch die Nichteintragung resolutiv bedingt sei.[14]) Es geht aber auch nicht an, die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages vor der Eintragung nur auf einen gewissen Umfang zu beschränken, etwa: soweit es zur Erreichung der Eintragung erforderlich ist.[15]) Eine solche Beschränkung ist unsicher und willkürlich. Vielmehr muß angenommen werden, daß mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages dieser auch in seinem ganzen Umfange in Wirksamkeit tritt, natürlich nur soweit dies bei dem Mangel der Eintragung und der Rechtsfähigkeit möglich ist.

Die Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrages zeigt sich z. B. in der alsbaldigen Gebundenheit der Gesellschafter, welche — wie oben S. 16, 17 ausgeführt — mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft gegenüber eintritt; sie zeigt sich ferner, und hier gerade mit Bezug auf die Organisation des Verbandes, bei der Bestellung der Geschäftsführer, die vor der Eintragung der Gesellschaft erfolgen muß und, wenn sie nicht im Gesellschaftsvertrage erfolgt ist, durch die vom Gesellschaftsvertrage vorgeschriebene Art der Bestellung[16]) oder, falls der Gesellschaftsvertrag darüber nichts bestimmt, durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafter in einer Versammlung (bei Einstimmigkeit auch schriftlich ohne Versammlung) geschieht.[17]) Ebenso kann vor der Eintragung auch die Bestellung eines Aufsichtsrates oder eines sonstigen im Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Organs erfolgen, und sie wird erfolgen müssen, wenn diesem Organ durch Statut eine notwendige Funktion bereits im Gründungsstadium, z. B. die Bestellung von Geschäftsführern, übertragen ist. Es kann

---

[12]) S. darüber auch im folgenden S. 37, 4.

[13]) Birkenbihl S. 84; Liebmann Bem. 2 zu § 11. Dagegen zutreffend Förtsch Bem. 2 zu § 11.

[14]) vgl. Saaßen S. 124; bezüglich des Vereins nach BGB. v. Tuhr S. 483.

[15]) Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 1.

[16]) GmbHG. § 45 Abs. 2.

[17]) GmbHG. § 46 Ziff. 5. — Warum bei Wegfall eines Geschäftsführers im Gründungsstadium die Bestellung eines neuen nicht in der gleichen, oben geschilderten Weise, sondern stets nur unter Zustimmung aller Gesellschafter soll erfolgen können, wie Staub-Hachenburg Anm. 8 zu § 11 meint, ist nicht einzusehen. Vgl. oben S. 8.

keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Bestellung dieser Organe, sofern das Statut nichts anderes bestimmt, durch (Mehrheits- oder einstimmigen) Beschluß der Gesellschafter zu erfolgen hat.

Es zeigt sich also, daß die G. m. b. H. auch vor der Eintragung schon — wenigstens zunächst nach innen — durchaus körperschaftlich organisiert ist und funktioniert; sie besitzt ein „Beschlußorgan", die Gesellschafter,[18]) durch welches das „Vertretungsorgan", die Geschäftsführer, und event. noch weitere Organe, wie Aufsichtsrat u. a., geschaffen werden, und zwar regelmäßig im Wege des Beschlusses — die typische Erscheinung körperschaftlichen Lebens.[19])

Auch nach außen hin wird die entstehende G. m. b. H., wenn sie im Rechtsverkehr auftritt, ein körperschaftliches Aussehen zeigen. Wie Rechtsgeschäfte der entstehenden G. m. b. H. zu beurteilen, wie weit sie überhaupt zulässig seien, ist bestritten. Wir kommen später darauf noch zurück. Hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß tatsächlich sehr häufig, fast regelmäßig schon vor der Eintragung die G. m. b. H. irgendwie im Rechtsverkehr auftritt. Es müssen ja bereits im Gründungsstadium teilweise Einzahlungen auf die Stammeinlagen erfolgen, und das dadurch in die Hände der Geschäftsführer gelangte Kapital muß ordnungsmäßig verwaltet, angelegt werden. Wenn nun Sacheinlagen, insbesondere, was praktisch sehr häufig ist, im Gange befindliche Geschäftsbetriebe zur Verfügung der Geschäftsführer gestellt werden, so kann der Kreis der durch die Verwaltung erforderten Rechtsgeschäfte ein sehr weiter sein.[20]) Aber auch außerhalb der Einlagenverwaltung können die mannigfachsten Rechtsgeschäfte vorgenommen werden. Eingehenderes darüber später. Solche Rechtsgeschäfte werden, auch wenn sie nicht ausdrücklich für die künftige, durch Eintragung erst zur Entstehung zu bringende G. m. b. H., sondern für den bereits vor der Eintragung bestehenden Gründerverband vorgenommen werden, regelmäßig durch die Organe, die Geschäftsführer, vorgenommen werden, und diese sind hierbei für eine ordnungsmäßige Geschäftsführung der entstehenden Gesellschaft gegenüber gerade so haftbar, wie späterhin der entstandenen G. m. b. H. gegenüber.[21]) Die

---

[18]) vgl. Staub-Hachenburg Anm. 5 u. 6 zu § 45.

[19]) Im Hinblick auf die analoge aktienrechtliche Vorschrift des § 197 HGB. wird man annehmen können, daß alles Tätigwerden der Gesellschaftergesamtheit im Stadium vor der Eintragung in der körperschaftlichen Form, welche die Satzung vorschreibt, zu erfolgen hat. Dagegen Staub-Hachenburg Anm. 8 zu § 11. Vgl. unten S. 41 N. 14.

[20]) vgl. Staub-Hachenburg Anm. 7 zu § 11.

[21]) vgl. Staub-Hachenburg Anm. 22 zu § 6 (S. 132); Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 9 a. E. Auch die Haftung Dritten gegenüber (GmbHG. § 11

entstehende G. m. b. H. wird also im Rechtsverkehr nicht als eine nur obligationenrechtlich verbundene Vielheit von Personen, sondern als eine Einheit, eine Gesamtperson, eine durch Organe handelnde Körperschaft auftreten, und das entspricht regelmäßig auch dem Willen und Bewußtsein sowohl der Gesellschafter wie des Dritten, der mit der entstehenden G. m. b. H. kontrahiert, auch wenn er weiß, daß sie noch nicht eingetragen ist.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Verfassung der entstehenden G. m. b. H., da sie auf der im Gesellschaftsvertrage enthaltenen und — weil auch für die fertige G. m. b. H. maßgebend — natürlich korporativen Satzung beruht, nach innen zu ein korporatives Gepräge zeigt: wir sehen eine Willensbildung durch Mehrheitsbeschluß, körperschaftliche Organe, ferner ein — wenn auch rechtlich im gesamthänderischen Eigentum der Gesellschafter stehendes — tatsächlich doch von ihnen losgelöstes und als Sondervermögen betrachtetes und behandeltes Vereinsvermögen, die teilweise bereits geleisteten Stammeinlagen, endlich eine — wie späterhin noch zu zeigen sein wird — auf dieses Vereinsvermögen sich beschränkende Haftung der Gesellschafter; und dem entspricht regelmäßig auch ein nach außen hin körperschaftliches Auftreten des Verbandes. Es wird sich also nicht leugnen lassen, daß die G. m. b. H. auch vor der Eintragung schon diejenigen Merkmale aufweist, welche nach der oben zitierten Ansicht[22]) den Verein kennzeichnen: körperschaftliche Verfassung und körperschaftliches Auftreten im Rechtsverkehr.

Ebensowenig kann es aber auch einem Zweifel unterliegen, daß diese charakteristischen Vereinsmerkmale tatsächlich der Ausdruck des nach unserer Ansicht entscheidenden Willens der Gesellschafter, auch vor der Eintragung schon einen Verein zu bilden, sind. Die Gründer haben ja freilich den Gesellschaftsvertrag abgeschlossen in der Absicht, durch Eintragung ins Handelsregister eine G. m. b. H., ein nichtrechtsfähiger Verein zu werden. Es dürfte aber doch nicht angehen, dies als den alleinigen Willen der Gründer und den ausschließlichen Zweck ihres Zusammentritts hinzustellen und demgemäß die entstehende G. m. b. H. nur als eine „Gelegenheitsgesellschaft, die einen Augenblickszweck hat, nämlich den Zweck, G. m. b. H. zu werden",[23]) zu betrachten. Das dürfte eine zu formale Deutung der Absichten der Gesellschafter sein. Deren Wille geht auf Bildung einer Körperschaft zwecks Erreichung wirt-

---

Abs. 2) entspricht der im BGB. § 54 Satz 2 für den nichtrechtsfähigen Verein aufgestellten. Ebenso für die AG. HGB. § 200 Abs. 1 Satz 2. Vgl. unten § 9.

[22]) S. 30 N. 5.

[23]) Staub-Hachenburg Anm. 2 zu § 11.

schaftlicher Erfolge durch wirtschaftliche Tätigkeit dieser Körperschaft. Dieser Wille, Körperschaft zu sein und, wenn überhaupt, so in körperschaftlicher Form tätig zu werden, besteht aber bei den Gesellschaftern nicht erst nach der Eintragung, sondern schon beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages und während des Gründungsstadiums,[24]) umsomehr, als mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Körperschaft „errichtet", d. h. seitens der Gründer alles geschaffen ist, was tatsächlich die Körperschaft ausmacht. Die Anschauung, als werde erst mit der Eintragung die Körperschaft mit ihrer eigentümlichen Organisation aus dem Nichts ins Leben gerufen,[25]) können wir nicht teilen, müssen vielmehr, auf dem Boden der Genossenschaftstheorie stehend, die — freilich von Meurer a. a. O. der Genossenschaftstheorie gerade zum Vorwurf gemachte — Ansicht vertreten, daß durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages die G. m. b. H. in ihrem körperschaftlichen Aufbau tatsächlich vollendet ist, und daß die Eintragung ins Handelsregister lediglich die Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der bereits vollendeten Körperschaft, also nur ein Formalakt ist.[26]) Das entspricht zweifellos auch dem Willen und Bewußtsein der beteiligten Gesellschafter, und darum sind wir berechtigt, die im Gründungsstadium sich zeigenden körperschaftlichen Momente als Äußerungen einer auch schon in diesem Stadium vorhandenen „korporativen Tendenz" (Dernburg) zu deuten und demgemäß die entstehende G. m. b. H. als ein körperschaftliches Gebilde, als einen — noch nicht rechtsfähigen — Verein zu betrachten.

3. Wir haben uns aber auch noch mit der Frage zu beschäftigen: „Was will die entstehende G. m. b. H. werden?", und in der Antwort auf diese Frage scheint uns das schwerwiegendste Argument für unsere Auffassung, daß die entstehende G. m. b. H. ein nichtrechtsfähiger Verein sei, zu liegen.[27]) Die entstehende G. m. b. H. will natürlich durch Eintragung ins Handelsregister eine fertige Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden; eine solche ist aber, wie in der Einleitung ausgeführt, nach allgemeiner Meinung eine juristische Person, ein rechtsfähiger Verein.

Das notwendige Durchgangsstadium für die Entstehung eines rechtsfähigen Vereins bildet nun das Bestehen eines nichtrechtsfähigen Vereins. Diese Meinung, daß nur aus einem nichtrechtsfähigen Verein ein rechtsfähiger Verein entstehen könne, wird von

---

[24]) vgl. mit Bezug auf die AG. Makower Bem. IIb zu § 188.

[25]) Meurer S. 67.

[26]) vgl. Gierke, GenTh. S. 116, 118; Endemann S. 175, 203; Takaki S. 44; and. M. Saassen S. 186.

[27]) vgl. Sachau S. 459, der ebenfalls die Absicht, rechtsfähiger Verein zu werden, als sicheres Kriterium des Vereinscharakters bezeichnet.

den meisten Schriftstellern vertreten[28]) und muß unbedingt als zutreffend bezeichnet werden. Dazu führen die folgenden Erwägungen.

Wie vorhin betont wurde, kommt die G. m. b. H. — und das gilt von jeder Körperschaft, die durch Eintrag in ein öffentliches Register Rechtsfähigkeit erlangt — nicht erst durch die Eintragung ins Handelsregister zur tatsächlichen Existenz. Schon durch die Gründungshandlungen der Gesellschafter, die „Errichtung", ist sie in ihrem körperschaftlichen Aufbau vollendet. Der durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages geschaffene Verband ist also das nämliche Rechtsgebilde, wie die nach der Eintragung bestehende fertige G. m. b. H., allgemeiner gesprochen: Der rechtsfähige Verein ist identisch mit dem bereits vor der Eintragung und Erlangung der Rechtsfähigkeit bestehenden Personenverbande. Es besteht eine Kontinuität der Personenvereinigung vor und nach der Eintragung. Das ist eine vielfach vertretene und u. E. richtige Ansicht.[29] Die Erlangung der Rechtsfähigkeit bewirkt nicht „ein Erlöschen des alten Vereins unter gleichzeitiger Entstehung des neuen, rechtsfähigen", sondern nur den Erwerb einer neuen Rechtsstellung; denn „die Rechtsfähigkeit ist doch nicht identisch mit dem Wesen des Vereins als eines natürlichen Lebewesens, sondern nur eine ihm möglicherweise zukommende, möglicherweise fehlende Eigenschaft, die zu erlangen der Verein schon kraft seiner Existenz die inneren Vorbedingungen besitzt".[30]) Eine solche „Identität" oder „Kontinuität" des Vereins vor und nach der Eintragung ist aber juristisch nicht denkbar, wenn die Personenvereinigung vor der Eintragung als eine Gesellschaft im Sinne des BGB. §§ 705 ff. aufgefaßt wird. Der rechtsfähige Verein als ein über seinen Mitgliedern stehendes, selbständig vermögens- und handlungsfähiges Rechtssubjekt kann

---

[28]) Gierke, Vereine S. 6/7 (N. 2 f.); GenTh. S. 129 (bes. N. 2); Loewenfeld, Bem. II zu § 21; Oertmann Vorbem. 6 zu § 21 (S. 82) u. Bem. 1 a γ zu § 54; Endemann S. 185 Ziff. 1 u. N. 4, S. 203 Ziff. 2; Matthiaß S. 50 (§ 27 I); Biermann S. 483; v. Tuhr S. 483; Hachenburg S. 481, 483; Meurer S. 212; Knoke S. 20; Sachau S. 446, 458; Saassen S. 123; Swart S. 3; vgl. auch Hölder S. 130 Ziff. III; Kohler S. 350.

[29]) Staub-Hachenburg Anm. 1 zn § 11; Staub, HGB. Anm. 3 zu § 200; Makower Bem. IIb zu § 188; Brand Bem. 2 A, a zu § 200; Hausmann S. 77; Saassen S. 124; Loewenfeld Bem. VIII zu § 21; Oertmann Vorbem. 6a vor § 21; Dernburg S. 223 N. 2; Biermann S. 483; Gierke, Vereine S. 9 N. 15; Hahn in DJZ. 1902 S. 504; Predari, GBO. (1907) S. 156 XI; Rechtspr. d. OLG. (Mugdan u. Falkmann) Bd. 2 S. 462/63, Bd. 6 S. 487; and. M. Hölder S. 130 III; v. Tuhr S. 588.

[30]) Oertmann S. 82. — Darüber, daß im umgekehrten Falle (des Verlusts der Rechtsfähigkeit) gleichfalls Idendität zwischen dem bisherigen rechtsfähigen und dem nunmehrigen nichtrechtsfähigen Verein besteht, vgl. Hachenburg S. 484. Ebenso, sogar für den Fall des Konkurses, Fischer-Henle, BGB. Bem. 1 zu § 42.

unmöglich identisch sein mit einer Gesellschaft, einem zwischen mehreren individuell bestimmten Personen bestehenden Vertragsverhältnis. Dagegen ist zwischen einem rechtsfähigen Verein und einem voraufgehenden nichtrechtsfähigen Verein Identität begrifflich durchaus möglich; denn auch der nichtrechtsfähige Verein ist ja, wie oben (S. 24) ausgeführt wurde, ein Verein und zeigt als solcher die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale des Vereins überhaupt (sowohl des rechtsfähigen, wie des nichtrechtsfähigen) gegenüber der Gesellschaft: die korporative Tendenz und die korporative Organisation; der nichtrechtsfähige Verein ist bereits eine Körperschaft, nur eine von der Rechtsordnung als solche noch nicht anerkannte Körperschaft, „ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte“.[31])

Da also einerseits die nach der Eintragung bestehende fertige G. m. b. H. identisch ist mit dem zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrags und Eintragung bestehenden Rechtsgebilde, der entstehenden G. m. b. H., und da andererseits die G. m. b. H. als Verein nicht identisch sein kann mit einer bürgerlichrechtlichen Gesellschaft, so ist die errichtete, aber noch nicht eingetragene G. m. b. H. ein Verein, und zwar, da ihr die Rechtsfähigkeit noch fehlt, ein nichtrechtsfähiger Verein.

4. Die Richtigkeit dieses Ergebnisses finden wir bestätigt, wenn wir uns kurz vergegenwärtigen, auf welchen Rechtsakt dieser nichtrechtsfähige Verein seine Existenz zurückführt. Da er dasselbe körperschaftliche Gebilde ist, wie die fertige G. m. b. H., so kann nur der Rechtsakt in Betracht kommen, der auch für die G. m. b. H. die körperschaftlichen Grundlagen schuf, und das ist, wie oben (S. 31, 32) gezeigt, allein der Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Andere zwischen den Gesellschaften etwa geschlossene Verträge liegen außerhalb des gesetzlich normierten Gründungsherganges und können weder für die entstehende noch für die entstandene G. m. b. H. die Grundlage bilden. Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages, der die errichtete, aber noch nicht eingetragene G. m. b. H. ins Leben rief, ist aber, wie oben S. 15, 16 nachzuweisen versucht wurde, trotz seiner irreführenden Bezeichnung kein schuldrechtlicher Gesellschaftsvertrag, sondern ein auf Gründung einer Körperschaft gerichteter, personenrechtlicher Vertrag. Darum kann er niemals die Grundlage einer Sozietät, sondern nur eines körperschaftlichen Gebildes, eines Vereins, bilden.[32])

---

[31]) **Gierke**, Vereine S. 12; vgl. auch **Nußbaum** S. 341/42.
[32]) vgl. mit Bezug auf die AG. **Homberger** S. 20.

§ 8.

V. Die Rechtsverhältnisse der entstehenden Gesellschaft m. b. H. im einzelnen.

Die entstehende G. m. b. H. ist ein nichtrechtsfähiger Verein. Die Verfassung dieses Vereins bestimmt sich nach dem im Gesellschaftsvertrage festgestellten Statut der G. m. b. H., welches auch für die entstehende G. m. b. H. maßgebend ist. Wo das Statut nichts bestimmt und auch nicht auf das G. m. b. H.-Gesetz verweist[1]) sind die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über nicht rechtsfähige Vereine, d. h. gemäß § 54 BGB. die Vorschriften über die Gesellschaft, zur Anwendung zu bringen, soweit sich dies mit dem allgemeinen Charakter der entstehenden G. m. b. H. und dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter verträgt. Hiernach sind nun die Rechtsverhältnisse der entstehenden G. m. b. H. in einzelnen Beziehungen zu betrachten.

1. Nach außen hin wird die entstehende G. m. b. H., wie bereits gesagt wurde, regelmäßig als Einheit, als körperschaftliches Gebilde auftreten und demgemäß durch ihre Organe, die Geschäftsführer, handeln, wobei aber dem körperschaftlichen Auftreten natürlich die Grenzen gezogen sind, welche sich aus dem Mangel der Rechtsfähigkeit ergeben. Diese Grenzen hat nun das Gesetz, dem korporativen Charakter des nichtrechtsfähigen Vereins Rechnung tragend, hauptsächlich aber von praktischen Erwägungen, namentlich der Rücksicht auf den Gläubigerschutz, geleitet, an zwei wichtigen Punkten durchbrochen.

Dem nichtrechtsfähigen Verein, und also auch der entstehenden G. m. b. H., ist passive Parteifähigkeit im Prozeß gegeben; er kann nach § 50 Abs. 2 ZPO. verklagt werden und hat dann in dem Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins d. h. der Verein als solcher ist Partei,[2]) der Vorstand (Geschäftsführer) erscheint als Organ, als „gesetzlicher Vertreter“ des Vereins, nicht als Bevollmächtigter der Mitglieder (Gesellschafter); letztere sind, weil nicht Partei, in dem Prozeß zeugnisfähig.[3]) Daraus, daß die entstehende G. m. b. H. im Prozeß die volle Stellung eines beklagten rechtsfähigen Vereins hat, folgt, „daß sie nicht

---

[1]) Es wird allerdings nicht immer einer ausdrücklichen Verweisung auf das G. m. b. H.-Gesetz bedürfen. Sie wird häufig schon aus den Umständen ersichtlich sein, da sie dem regelmäßigen Willen der Gesellschafter entsprechen dürfte. Vgl. unten S. 41 N. 14.

[2]) Sein allgemeiner Gerichtsstand, „der Ort, wo die Verwaltung geführt wird“ (§ 17 Abs. 3 ZPO.), fällt mit dem der G. m. b. H. zusammen.

[3]) Seuffert Bem. 3 zu § 50; Gierke, Vereine S. 42 N. 74a.

blos in Ansehung der Abwehr des gegen sie gerichteten Angriffs, sondern auch zu einem Gegenangriffe, der mit dem Verfahren in Zusammenhang steht, parteifähig ist".[4]) Sie kann also Widerklage (§ 33 ZPO.), Inzidentfeststellungsklage und =widerklage (§ 280), Wiederaufnahmeklagen (§ 578), Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung (§ 767), Klage gegen die Vollstreckungsklausel (§ 768), erheben, kann Aufhebung eines Arrestes (§ 927) und einer einstweiligen Verfügung beantragen usw.[5]) Dagegen kann die entstehende G. m. b. H. nicht als Klägerin im Prozeß auftreten; die aktive Parteifähigkeit ist (im Gegensatz zur früheren Gerichtspraxis) den nichtrechtsfähigen Vereinen im § 50 Abs. 2 ZPO. bewußtermaßen entzogen.[6]) Diesen für die Praxis höchst unzweckmäßigen Rechtszustand [7]) wird man am besten wohl vermeiden, indem man davon ausgeht, daß „die satzungsmäßige Bevollmächtigung des Vorstandes zur gerichtlichen Vertretung des jeweiligen Mitgliederbestandes ausreicht";[8]) und gerade bei der auch vor der Eintragung schon weitgehenden Vertretungsmacht der Geschäftsführer der G. m. b. H.[9]) wird man wohl stets eine solche satzungsmäßige Bevollmächtigung derselben annehmen können, womit im praktischen Ergebnisse regelmäßig auch die aktive Parteifähigkeit der entstehenden G. m. b. H. gegeben wäre.

Der passiven Parteifähigkeit der entstehenden G. m. b. H. entspricht ihre selbständige Konkursfähigkeit; denn nach § 213 KO. findet über das Vermögen eines Vereins, der als solcher verklagt werden kann, das Konkursverfahren gemäß den Vorschriften der §§ 207, 208 KO., d. h. in gleicher Weise, wie über das Vermögen eines rechtsfähigen Vereins, statt.

2. Auch die inneren Rechtsverhältnisse der entstehenden G. m. b. H., von denen schon oben (S. 32 f., 34) die Rede war, sind, weil auf dem Statut der G. m. b. H. beruhend, durchaus körperschaftlich gestaltet und gleichen fast völlig denen der fertigen G. m. b. H. Mitglieder des nichtrechtsfähigen Vereins sind die sämtlichen Gesellschafter. Ihre Rechte und Pflichten gegenüber der entstehenden G. m. b. H. sind bei der gemäß § 54 BGB. notwendigen Anwendung des Gesellschaftsrechts als Rechte und

---

[4]) vgl. Seuffert a. a. O.

[5]) So die herrschende Meinung; vgl. Gaupp=Stein, ZPO. 8./9. Aufl. Bem. IV a zu § 50; Struckmann=Koch, ZPO. 9. Aufl. Bem. 3 zu § 50; Skonietzki=Gelpcke ZPO. Bem. 5 zu § 50.

[6]) vgl. Seuffert a. a. O.

[7]) vgl. Gierke, Vereine S. 45; Seuffert Bem. 3 zu § 50; Hellwig, Lehrb. d. ZPR. Bd. 1 S. 304 ff.

[8]) Gierke, Vereine S. 45 N. 82; RGE. Bd. 57 S. 92; dazu Hellwig im Recht Bd. 8 S. 207 f.; Seuffert a. a. O.

[9]) vgl. darüber im folgenden S. 42.

Pflichten der Gesellschafter zu betrachten.[10]) Doch bleibt der vereinsrechtliche Charakter dieser Rechtsverhältnisse dadurch gewahrt, daß dem einzelnen Gesellschafter die übrigen als geschlossene, regelmäßig durch ein Organ vertretene Personeneinheit gegenüberstehen.[11]) Im einzelnen bestimmen sich die Rechte und Pflichten zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; in zweiter Linie erst kommen die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches in Betracht. Naturgemäß überwiegen, da ja die entstehende G. m. b. H. etwas Unfertiges, durch die Tätigkeit der Gesellschafter erst noch zur Vollendung zu Bringendes ist, die Pflichten der Gesellschafter. Deren wichtigste ist die Beitragspflicht, d. h. die Pflicht, die auf die übernommenen Stammeinlagen zu machenden Leistungen zu bewirken, insbesondere soweit dies gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG. vor der Anmeldung zur Eintragung geschehen sein muß. Auch eine Pflicht der Gesellschafter zur weiteren Mitwirkung bei der Gründung, insbesondere zur Erfüllung der weiteren Vorbedingungen für die Eintragung, wie Geschäftsführerbestellung, Einholung einer etwa erforderlichen staatlichen Genehmigung, wird man annehmen müssen;[12]) denn dies liegt im Rahmen des Zweckes der entstehenden G. m. b. H., dessen Erreichung die Gesellschafter gemäß § 705 BGB. zu fördern verpflichtet sind.[13]) Neben diesen allen Gesellschaftern gemeinsamen (wenn auch bezüglich der Einlagepflicht event. verschieden hohen) Verpflichtungen können auch Sonderpflichten einzelner Gesellschafter, z. B. die im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Pflicht zur Übernahme einer Organstellung, in Betracht kommen.

Bezüglich der Mitgliedschaftsrechte ist zu bemerken, daß ein Recht auf unmittelbare Beteiligung der Gesellschafter an der Geschäftsführung, wie es nach § 709 Abs. 1 BGB. beim nichtrechtsfähigen Verein mangels abweichender Satzung besteht, bei der entstehenden G. m. b. H. stets als ausgeschlossen anzunehmen ist, da die G. m. b. H. auch vor der Eintragung schon Geschäftsführer haben muß. Auch wenn alle Gesellschafter Geschäftsführer sind, so ist ihr Recht zur Geschäftsführung nicht als Ausfluß ihres allgemeinen Mitgliedschaftsrechts, sondern der besonderen Bestellung zum Organ zu betrachten.

Einen entscheidenden Einfluß auf die Schicksale der entstehenden G. m. b. H. und mittelbar auch auf die Geschäftsführung haben aber die Gesellschafter durch ihr Stimmrecht. Dieses üben

---

[10]) BGB. § 705.

[11]) vgl. Gierke, Vereine S 30/31.

[12]) So für die AG. Lehmann-Ring Bem. 1 zu § 195; and. M. Homberger S. 32.

[13]) vgl. Swart S. 37/38.

sie nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages[14]) aus auf den Gesellschafterversammlungen, die — wie oben S. 33 N. 19 ausgeführt — nicht nur für die Bestellung der Geschäftsführer und sonstigen Organe, sondern für alle Angelegenheiten, für die nach Maßgabe der Satzung nicht die Geschäftsführer usw. allein zuständig sind, die entscheidende Instanz bilden.

Daß das Mitgliedschaftsrecht an der entstehenden G. m. b. H. übertragen werden könne, müßte nach der herrschenden Meinung, die den das Mitgliedschaftsrecht darstellenden Geschäftsanteil vor der Eintragung für unübertragbar hält, verneint werden. Schon oben (S. 27 ff.) wurde ausgeführt, daß mannigfache Gründe die Notwendigkeit einer solchen Auffassung zweifelhaft erscheinen lassen. Hier sei nur noch hinzugefügt, daß auch das Fehlen einer der ausdrücklichen Bestimmung des § 200 Abs. 2 HGB. entsprechenden Vorschrift im G. m. b. H.-Gesetz gegen die Annahme der Unübertragbarkeit zu sprechen scheint.

3. Das eigentliche und in der Regel auch das einzige die entstehende G. m. b. H. nach außen hin vertretende und gesetzlich notwendige Organ bilden die Geschäftsführer. Daß dieselben bereits vor der Eintragung bestellt werden müssen, wurde schon (S. 7 f.) ausgeführt. Sie haben dieselbe Stellung, wie sie der Vorstand eines nichtrechtsfähigen Vereins hat, d. h., da auf den Vorstand eines solchen Vereins gemäß § 54 BGB. die Vorschriften des Gesellschaftsrechts Anwendung finden, die Stellung von geschäftsführenden Gesellschaftern nach §§ 710 ff. BGB.[15]) Demnach haben sie im Gründungsstadium noch nicht die Stellung von „gesetzlichen Vertretern“ (wie nach der Eintragung), sondern nur von „gewillkürten Vertretern“, außer in dem Falle, daß die nach

---

[14]) Was diese Verhältnisse im einzelnen, insbesondere aber die Verteilung des Stimmrechts auf die einzelnen Gesellschafter anbetrifft, so müßte nach dem oben S. 38 aufgestellten Prinzip bei völligem Schweigen der Satzung über das Stimmrecht für die Gesellschafterversammlungen der entstehenden G. m. b. H. § 709 Abs. 2 BGB. in Betracht kommen, d. h. Berechnung der Mehrheit nach Köpfen. Das dürfte aber — bei einer unter Umständen sehr verschieden hohen Beteiligung der einzelnen Gesellschafter — dem kapitalistischen Charakter, den die G. m. b. H. — auch schon im Stadium der Gründung — hat, durchaus widersprechen. Hier liegt einer der oben S. 38 N. 1 gedachten Fälle vor. Die Rücksicht auf die analoge aktienrechtliche Bestimmung des § 197 HGB, sowie die Tatsache, daß das Gesetz für den wichtigsten Fall einer Beschlußfassung vor der Eintragung, die Geschäftsführerbestellung, im § 6 Abs. 2 auf die Bestimmungen des GmbHG. (vgl. insbes. §§ 47, 48 u. 46 Ziff. 5) verweist, berechtigt daher zu der Annahme, daß auf alle Beschlußfassungen der entstehenden G. m. b. H. beim Mangel von Satzungsbestimmungen die Vorschriften des GmbHG. (§§ 47, 48) zur Anwendung zu bringen sind.

[15]) vgl. darüber im einzelnen: Loewenfeld Bem. B III zu § 54; Enneccerus S. 269; Gierke Vereine S. 18/19; Swart S. 25 ff.

§ 50 Abs. 2 ZPO. passiv parteifähige entstehende G. m. b. H. verklagt wird.[16])

Soweit die Befugnis der Organe zur Geschäftsführung reicht, sind sie nach § 714 BGB. „im Zweifel auch ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten", und zwar handeln sie dann als Bevollmächtigte der Gesellschafter, ob der einzelnen oder der Gesamtheit, ist streitig.[17]) Der Umfang der Vertretungsmacht bestimmt sich also nach dem Umfang der Befugnis zur Geschäftsführung; da nun für letztere die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages — gleich wie die Satzung eines nichtrechtsfähigen Vereins — maßgebend sind, im Gesellschaftsvertrage[18]) aber den Geschäftsführern eine unbeschränkte, weil nach § 37 Abs. 2 GmbHG. mit Wirkung gegen Dritte unbeschränkbare Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis verliehen wird, so ergibt sich, daß vor der Eintragung die Geschäftsführer in gleich weitem Maße zur Vertretung der entstehenden G. m. b. H. befugt sind wie nach der Eintragung zur Vertretung der fertigen G. m. b. H.[19])[20]) Sind mehrere Geschäftsführer bestellt und enthält das Statut keine näheren Bestimmungen darüber, in welcher Weise diese mehreren Geschäftsführer handeln sollen, so greift für die entstehende G. m. b. H. § 710 mit § 709 Abs. 1 BGB. Platz: danach ist mangels anderer Bestimmungen für die Geschäftsführer vor der Eintragung ebenso wie nach § 35 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. für die Geschäftsführer nach der Eintragung Kollektivvertretungsbefugnis anzunehmen. Es müssen also bei der Vornahme von Rechtsgeschäften stets alle Geschäftsführer mitwirken.

Was das innere Verhältnis der Geschäftsführer zur Gesellschaft anbetrifft, so sollen gemäß § 713 BGB. auf den Vorstand eines nichtrechtsfähigen Vereins und also auch auf die Geschäftsführer der nicht eingetragenen G. m. b. H. die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670 BGB. Anwendung finden.

---

[16]) vgl. oben S. 38.

[17]) vgl. Loewenfeld Bem. B III, 3 b zu § 54 (S. 256).

[18]) bezw. in der außerhalb des Gesellschaftsvertrages erfolgten Bestellung.

[19]) Es müßte denn gerade sein, daß für die Zeit vor der Eintragung die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer ausdrücklich eingeschränkt worden wäre, was aber selten vorkommen dürfte. Nach Staub-Hachenburg Anm. 22 zu § 9, Liebmann Bem. 7 zu § 6, Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 21 sind die Geschäftsführer schon vor der Eintragung „gesetzliche Vertreter" der Gesellschaft und haften für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Vgl. auch Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 9 a. E.

[20]) Mit dieser Unbeschränktheit der Vertretungsbefugnis steht nicht im Widerspruch, daß, wie späterhin (S. 49) noch zu zeigen ist, die Geschäftsführer die Gesellschafter nur beschränkt, nämlich nur mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen, verpflichten können.

Trotzdem wird man in gewissen Fällen, so insbesondere bei entgeltlicher Bestellung der Geschäftsführer, die womöglich gar nicht Mitglieder bezw. Gesellschafter sind, nicht die Vorschriften über den Auftrag, sondern die über den Dienstvertrag (BGB. §§ 611—630) oder über den Geschäftsbesorgungsvertrag (BGB. § 675) heranziehen müssen.[21])

Es läßt sich also sagen, daß im Außen- wie im Innenverhältnis die rechtliche Stellung der Geschäftsführer der G. m. b. H. vor und nach der Eintragung ziemlich die gleiche ist, was auch den tatsächlichen Verhältnissen durchaus angemessen sein dürfte, da die Funktionen der Geschäftsführer vor wie nach der Eintragung im allgemeinen von der gleichen Art sind. Daß in dem einen Falle Geschäftsherr ein nichtrechtsfähiger Verein, im anderen Falle eine juristische Person ist, kann (abgesehen von der Verschiedenheit der Haftung) einen wesentlichen Unterschied nicht begründen.[22])

Bezüglich der anderen Organe, welche die G. m. b. H. noch haben und deren Bestellung möglicherweise schon vor der Eintragung erfolgen kann, wie Aufsichtsrat, Ausschuß, Syndikus usw., wird in ihrem Innenverhältnis zur entstehenden G. m. b. H. das nämliche zu gelten haben wie bezüglich der Geschäftsführer. Nach außen hin aufzutreten werden sie vor der Eintragung kaum Gelegenheit haben, wenn nicht gerade die Satzung etwas Besonderes in dieser Hinsicht bestimmt. Zu bemerken ist, daß wenn ein Aufsichtsrat oder ein ähnliches kontrollierendes Organ vorhanden ist, demselben eine Berechtigung oder Verpflichtung zur Prüfung des Gründungsherganges wie bei der AG. (§§ 192, 193 HGB.) nicht zusteht.[23])

4. Besondere Beachtung verdient das Vermögen der entstehenden G. m. b. H. Dasselbe besteht in der Hauptsache natürlich aus den auf die Stammeinlagen bewirkten Leistungen, soweit sie bereits erfolgt sind und gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG. erfolgt sein müssen, also Geld- und Sacheinlagen. Zum Vermögen der entstehenden G. m. b. H. gehören aber gleichfalls die Rechte auf die noch nicht geleisteten Einlagen und die Gegenstände und Rechte, die auf Grund von Sachübernahmen, die im Gesellschaftsvertrag unter Anrechnung der Vergütung auf Stammeinlagen festgesetzt sind, übernommen werden,[24]) ferner das durch die Geschäftsführer

---

[21]) Ähnlich mit Bezug auf den Vorstand des rechtsfähigen Vereins Oertmann Bem. 4a zu § 27; Loewenfeld Bem. I, 5d zu § 27 (S. 197).

[22]) vgl. Gierke, Vereine S. 19.

[23]) vgl. oben S. 10.

[24]) vgl. mit Bezug auf die AG. Makower Bem. IIa, 1 zu § 200; Homberger S. 39 (2 II); Lemle S. 47/48.

für die entstehende G. m. b. H. Erworbene und endlich die Surrogate für Gegenstände, die zum Vermögen der entstehenden G. m. b. H. gehören.[25] Dieses Vermögen ist zu behandeln wie das Vermögen eines nichtrechtsfähigen Vereins, d. h. nach § 54 mit §§ 718 ff. BGB. wie ein Gesellschaftsvermögen. Es gehört also nicht der entstehenden G. m. b. H. als solcher, sondern den einzelnen Gesellschaftern, aber als genossenschaftlich verbundener Personenmehrheit, „zur gesamten Hand".[26] Insbesondere kann der einzelne Gesellschafter nicht über seinen Anteil am ganzen Vermögen der entstehenden G. m. b. H. wie an den einzelnen dazu gehörigen Gegenständen verfügen und kann nicht Teilung verlangen (§ 719 BGB.). Der Privatgläubiger eines Gesellschafters hat keinen unmittelbaren Zugriff auf dessen Anteil am Vermögen der entstehenden G. m. b. H.), kann aber den Anteil pfänden (§ 859 ZPO.) und alsdann Auflösung und Auseinandersetzung (§§ 725 u. 730 ff. BGB.) oder wenigstens das Ausscheiden seines Schuldners[27]) bewirken. Da nun ferner das Vermögen nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich der Verfügung der Gesellschafter völlig entzogen ist, indem § 8 Abs. 2 GmbHG. verlangt, daß die Einlagen sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden, und da es außerdem Gegenstand eines Sonderkonkurses sein kann,[28] so ergibt sich, daß praktisch die Stellung des Vermögens der entstehenden G. m. b. H. durchaus die eines „selbständigen Zweckvermögens"[29] und der des Vermögens der eingetragenen G. m. b. H. sehr nahe gebracht ist.

Nur in einer Beziehung tritt der Mangel der Rechtsfähigkeit der entstehenden G. m. b. H. praktisch erheblich in Erscheinung. Im Grundbuche können zum Vermögen der entstehenden G. m. b. H. gehörige Rechte niemals für die entstehende G. m. b. H. als solche, sondern nur auf den Namen aller Gesellschafter („mit Be-

---

[25]) BGB. § 718.

[26]) vgl. im einzelnen: Gierke, Vereine S. 21; Swart S. 44 ff.; Loewenfeld Bem. B VII zu § 54; Goldmann-Lilienthal S. 96, 2.

[27]) Daß durch die Pfändung und Kündigung seitens des Gläubigers die entstehende G. m. b. H. immer aufgelöst werden müßte, wird man mit Rücksicht auf deren Charakter als Verein wohl nicht annehmen können. Vgl. Loewenfeld S. 264 VIII, 2; Enneccerus S. 272 Ziff. 5; auch Homberger S. 44, wo angenommen ist, daß durch den Konkurs eines Gründers die entstehende AG. nicht aufgelöst zu werden braucht. Ist nach der Pfändung die G. m. b. H. ins Handelsregister eingetragen worden, so ist eine Kündigung und Auflösung der Gesellschaft nicht mehr möglich. Der Gläubiger wird sich alsdann nur noch durch Verwertung des Geschäftsanteils im Wege der Versteigerung (§§ 844, 857 Abs. 5 ZPO.) befriedigen können. Vgl. Staub-Hachenburg Exk. I zu § 15 Anm. 11 (S. 198); Liebmann Bem. 10 zu § 15.

[28]) vgl. oben S. 39.

[29]) Gierke, Vereine S. 22.

zeichnung des für die Gemeinschaft maßgebenden Rechtsverhältnisses", § 48 GBO.) eingetragen werden. Praktisch dürften indes solche Eintragungen im Grundbuche vor der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister kaum vorkommen, da alsdann, sobald die G. m. b. H. zur Entstehung gelangt ist, ein neuer Übertragungsakt und Eintragung für die G. m. b. H. erforderlich wäre, was in Anbetracht der Kosten nicht wünschenswert erscheinen wird.[30])

Über die Haftung für die Schulden der entstehenden G. m. b. H. s. unten S. 48 ff.

§ 9.

VI. Die vor der Eintragung für die Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte und die daraus folgende Haftung (§ 11 Abs. 2 GmbHG.).

Bereits an früherer Stelle (S. 33) wurden die mannigfachen Rechtsgeschäfte, welche vor der Eintragung für die G. m. b. H., sei es die entstehende, sei es die entstandene, abgeschlossen werden können, kurz erwähnt und auch bemerkt, daß die Frage nach der rechtlichen Beurteilung solcher Rechtsgeschäfte sehr streitig ist.

Wenn nun näher darauf eingegangen wird, so ist es, um einen Überblick zu gewinnen, zweckmäßig, die in Betracht kommenden Rechtsgeschäfte in drei Gruppen zu teilen[1]) und zu unterscheiden Rechtsgeschäfte, die vor der Eintragung vorgenommen werden:

1. für die entstehende G. m. b. H. als solche, d. h. für den nichtrechtsfähigen Verein,
2. für die künftige G. m. b. H. (unter der Bedingung ihrer Entstehung),
3. für die G. m. b. H., als sei sie schon eingetragen und entstanden.

ad 1. Es können Rechtsgeschäfte vorgenommen werden für die entstehende G. m. b. H. als solche, d. h. für den nichtrechtsfähigen Verein, derart also, daß der Handelnde — ausdrücklich oder stillschweigend — seinen Willen, für diesen nichtrechts-

---

[30]) vgl. Staub-Hachenburg Bem. 4 zu § 11 a. E. — Es ist aber in einigen Entscheidungen (OLG. Kolmar in Rechtspr. d. OLG. Bd. 6 S. 486 und den übrigen bei Staub, HGB. Bem. 6 zu § 200 zitierten) bereits die Auflassung an die noch nicht eingetragene AG., der dann die Eintragung nach Entstehung der Gesellschaft zu folgen hat, anerkannt. Das gleiche müßte für die G. m. b. H. gelten.

[1]) Die gleiche Einteilung nimmt mit Bezug auf die entstehende AG. Homberger S. 34 vor.

fähigen Verein aufzutreten, kundgibt, und daß der Dritte weiß, daß er es mit dem Vertreter eines solchen nichtrechtsfähigen Vereins zu tun hat.

Es wird nun freilich von verschiedenen Seiten bezweifelt, daß die noch nicht eingetragene G. m. b. H. überhaupt nach außen auftreten könne derart, daß rechtliche Wirkungen für und gegen sie eintreten, wie bei einem nichtrechtsfähigen Verein; sie könne vielmehr nur — gleichviel welches ihre rechtliche Natur sei — im Innenverhältnis der Gesellschafter rechtliche Wirkungen äußern.[2]) Zu einer solchen Unterscheidung der inneren und der äußeren Seite bietet aber das Gesetz gar keinen Anhaltspunkt;[3]) der bestimmte Wortlaut des § 11 GmbHG. sagt nur, daß die Gesellschaft vor der Eintragung nicht die spezifischen Wirkungen einer G. m. b. H. zu äußern vermöge, weder nach innen noch nach außen; er verbietet aber nicht, sie als ein anderes Rechtsgebilde aufzufassen und ihr als solchem rechtliche Wirkungsfähigkeit sowohl im Innen- wie im Außenverhältnis beizulegen.

Aber auch wenn die Möglichkeit eines rechtlichen Wirksamwerdens der entstehenden Gesellschaft nach außen hin zugegeben wird, wird noch eine andere Einschränkung gemacht dahingehend, daß ein Handeln für den nichtrechtsfähigen Verein mit rechtlicher Wirkung für und gegen diesen nur dann zulässig sei, wenn die betreffenden Rechtshandlungen durch den Gründungshergang unbedingt erfordert würden, wie Einlagenverwaltung, Geschäftsführeranstellung u. a., und ohne ihre Vornahme die Gesellschaft nicht zur Entstehung gelangen könne.[4]) Das ist in dieser Allgemeinheit sicherlich nicht zutreffend. Jene Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften, die unerläßlich sind, um die Entstehung der G. m. b. H. herbeizuführen, und anderen, durch die Gründung nicht erforderten Rechtsgeschäften hat Bedeutung für die Frage der unmittelbaren Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte für die entstandene G. m. b. H., indem nur die aus Rechtsgeschäften der ersten Art stammenden Rechte und Pflichten ipso iure auch für die entstandene G. m. b. H. bestehen, während bezüglich der übrigen besondere Genehmigung seitens der G. m. b. H. nötig ist.[5]) Für die Frage aber, welche Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen die entstehende G. m. b. H. als solche überhaupt vorgenommen

[2]) So Parisius-Crüger Bem. 1 zu § 1 und Bem. 2 zu § 11; PrOVG. v. 20. 2. 1902 in DJZ. 1902 S. 511; wohl auch Liebmann Bem. 2 zu § 11 und Förtsch Bem. 2 zu § 11.

[3]) Insofern sehr zutreffend die Ausführungen von Birkenbihl Bem. 2 zu § 11 (S. 83/84); vgl. auch mit Bezug auf die AG. Takaki S. 51.

[4]) So mit Bezug auf die entstehende AG. Homberger S. 39ff.; wohl auch (allgemein) Sachau S. 447, 448.

[5]) So die herrschende Meinung; s. unten S. 62.

werden können, kann eine solche Unterscheidung nicht in Betracht kommen. Die entstehende G. m. b. H. ist ein nichtrechtsfähiger Verein, wie jeder andere, und daraus, daß sie zu einer G. m. b. H. werden soll, kann eine Einschränkung ihrer Betätigungsmöglichkeit nicht hergeleitet werden. Demnach können, sofern nur der Wille der Kontrahenten dahin geht, mit Wirkung für und gegen die entstehende G. m. b. H. alle Rechtshandlungen vorgenommen werden, die überhaupt mit Wirkung für und gegen einen nicht rechtsfähigen Verein vorgenommen werden können.[6])

Natürlich hängt aber die Wirksamkeit in jedem Falle von der Vertretungsmacht des Handelnden ab. Als Handelnde können in Betracht kommen die sämtlichen oder einzelne Gesellschafter, besondere Bevollmächtigte, vor allem aber die Geschäftsführer. Während nun für die zuerst genannten das Vorhandensein einer Vollmacht nur mit Rücksicht auf den einzelnen Fall festgestellt werden kann, wird man bezüglich der Geschäftsführer, deren Stellung ja — wie oben S. 41 ff. dargelegt — vor der Eintragung fast die gleiche ist, wie nach derselben, eine weitgehende Befugnis zum Handeln für die entstehende G. m. b. H. annehmen müssen und sie schon auf Grund ihrer Bestellung zu Geschäftsführern regelmäßig für ermächtigt halten, nicht nur „diejenigen Rechtsgeschäfte, ohne welche die G. m. b. H. nicht entstehen kann", sondern auch andere, insbesondere solche „Rechtsgeschäfte, welche der künftige Geschäftsbetrieb bedingt",[7]) mit Wirkung für und gegen den nicht rechtsfähigen Verein der entstehenden G. m. b. H. vorzunehmen.[8]) Das dürfte durchaus dem Willen der Gesellschafter entsprechen, der — wie schon oben (S. 34, 35) gesagt — doch nicht allein auf Erlangung der Rechtsfähigkeit gerichtet ist, sondern vor allem darauf, einen mit den nötigen wirtschaftlichen Vorbedingungen ausgestatteten, existenzfähigen Geschäftsbetrieb ins Leben zu rufen. Sehr häufig wird es sich aber — gerade bei der G. m. b. H. mit ihren vielfachen Sacheinlagen — gar nicht erst darum handeln, einen Geschäftsbetrieb „ins Leben zu rufen", sondern der Geschäftsbetrieb besteht und funktioniert schon vor der Eintragung der G. m. b. H. ganz in gleichem Umfange, wie nach derselben.[9])[10]) In einem solchen Falle wird man nicht um-

---

[6]) vgl. Makower Bem. II a, 1 zu § 200; Saassen S. 132 ad 4.

[7]) Staub-Hachenburg Anm. 7 zu § 11.

[8]) Gegen eine solche Annahme Liebmann Bem. 9a zu § 11.

[9]) Häufig dient ja doch die ganze G. m. b. H.-Gründung nur zur Haftungsbeschränkung oder zur Beteiligung neuer Personen an einem bestehenden Unternehmen.

[10]) Diesen Fall berücksichtigt besonders Staub-Hachenburg Anm. 7 zu § 11 und nimmt mit Recht an, daß dann alle zum Geschäftsbetrieb gehörenden

hin können, auch die Vertretungsmacht der Geschäftsführer vor der Eintragung schon im gleichen Umfange anzunehmen, wie nachher. Es ist also davon auszugehen, daß die Geschäftsführer, wenn sie für die entstehende G. m. b. H. als solche handeln, regelmäßig[11]) als mit dem Willen der Gesellschafter und demgemäß im Rahmen ihrer Vertretungsmacht handelnd anzusehen sind, nicht nur wenn sie Rechtsgeschäfte vornehmen, die die Gründung erfordert, sondern auch wenn sie z. B. für den künftigen Geschäftsbetrieb Personal engagieren, Geschäftsräume mieten, ja auch schon Verträge. über Leistungen der Gesellschaft oder an diese abschließen[12])

Übrigens kann, auch wenn die Handelnden wirklich ihre Vertretungsbefugnis überschritten haben, die entstehende G. m. b. H. immer noch nachträglich das betreffende Rechtsgeschäft genehmigen und damit für und gegen sich wirksam werden lassen; denn die entstehende G. m. b. H. ist ein nicht rechtsfähiger Verein, und es kommt für sie — außer dem sogleich noch zu besprechenden § 11 Abs. 2 GmbHG. — § 54 Satz 2 BGB. in Betracht. Neben dieser Vorschrift aber sind anerkanntermaßen auch die §§ 177—180 BGB. anwendbar.[13])

Es wird also durch Rechtsgeschäfte der Geschäftsführer oder sonstiger ordnungsmäßig Bevollmächtigter — vorausgesetzt, daß

Rechtsgeschäfte — weil zur Verwaltung der Einlagen erforderlich — sogar zum Kreis derjenigen Rechtsgeschäfte gehören, aus denen die Rechte und Pflichten ipso iure auf die G. m. b. H. übergehen.

[11]) Natürlich nicht, wenn sie Rechtsgeschäfte vornehmen, die offenbar dem Willen der Gesellschafter widersprechen oder ganz außerhalb des Wirkungskreises auch der künftigen G. m. b. H. liegen. Vgl. bezüglich der AG. Makower Bem. II b 2 zu § 200.

[12]) Die Bedenken, welche dagegen sprechen können, eine ebenso weitgehende Vertretungsmacht der Gründer einer AG. für die entstehende AG. anzunehmen (vgl. Homberger S. 41 IV), kommen bei der entstehenden G. m. b. H. nicht in Betracht, da die Stellung der Geschäftsführer der G. m. b. H. eine wesentlich andere ist, als die der AG.-Gründer. Wenn letztere auch als Organ der entstehenden AG. (in gewissem Sinne auch der künftigen AG.) zu betrachten sind, so ist ihre Aufgabe doch darauf beschränkt, die Entstehung der AG. zu fördern; sie haben nicht in dem Sinne den Charakter von „Ausführungsorganen", wie die Geschäftsführer der G. m. b. H. ihn schon vor der Eintragung haben (vgl. Staub-Hachenburg Anm. 22 zu § 9; Liebmann Bem. 7 zu § 6). Das dem G. m. b. H.-Geschäftsführer entsprechende Organ bei der AG., der Vorstand, tritt im Gründungsstadium als Ausführungsorgan regelmäßig noch gar nicht in Tätigkeit (vgl. Homberger S. 29, 41). Die G. m. b. H. ist also schon ihrer Organisation nach viel mehr in der Lage, vor ihrer Eintragung in den Rechtsverkehr zu treten, als die AG. Mit dem allgemeinen Charakter der — gegenüber der AG. viel weniger streng geregelten — G. m. b. H.-Gründung dürfte das in einem gewissen Einklang stehen.

[13]) vgl. Gierke, Vereine S. 20 N. 30; Planck Bem. 5 zu § 54; Oertmann Bem. 3 b γ, $\alpha\alpha$ zu § 54; Nußbaum S. 356 § 7; Homberger S. 42; Swart S. 54.

für die entstehende G. m. b. H. als solche gehandelt wurde — die entstehende G. m. b. H., der nicht rechtsfähige Verein, berechtigt und verpflichtet. Ob auch die künftige G. m. b. H. berechtigt und verpflichtet ist, ist eine andere Frage und bleibt hier außer Betracht.[14]) Berechtigt und verpflichtet sind gemäß den auf den nichtrechtsfähigen Verein anzuwendenden Normen des Gesellschaftsrechts die Gesellschafter persönlich in ihrer Verbindung zur gesamten Hand.[15]) Sie haften — gleichviel ob solidarisch oder anteilig[16]) — stets direkt, prinzipal und grundsätzlich unbeschränkt. Es wird aber allgemein die Beschränkbarkeit der Haftung auf das Vereinsvermögen anerkannt.[17]) Die Beschränkung der Haftung kann erfolgen entweder vertraglich beim Geschäftsabschluß durch den Vorstand (Geschäftsführer) mit dem Dritten oder durch Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes (Geschäftsführers), z. B. in der Satzung, indem dann der Vorstand die Mitglieder Dritten gegenüber nicht weiter verpflichten kann, als seine Vertretungsmacht reicht. Für letztere Beschränkung spricht nach richtiger Ansicht[18]) sogar eine Vermutung; sie gilt auch ohne ausdrückliche Bestimmung bei einem Verein als stillschweigend vereinbart. Wenn dies nun schon bei einem gewöhnlichen nichtrechtsfähigen Verein anzunehmen ist, so muß es um so mehr gelten bei einem nichtrechtsfähigen Verein, der eine G. m. b. H. werden will, bei welchem also die Absicht der Mitglieder von vornherein auf Beschränkung der Haftung geht. Die Haftung des einzelnen Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der entstehenden G. m. b. H. beschränkt sich also auf seinen Anteil am Vermögen[19]) dieses nichtrechtsfähigen Vereins.

Neben diese beschränkte Haftung der Gesellschafter tritt nun

---

[14]) vgl. unten S. 61 f.

[15]) vgl. oben S. 44.

[16]) Darüber Gierke, Vereine S. 38.

[17]) So für den nichtrechtsfähigen Verein von Planck Bem. 3 h zu § 54; Loewenfeld Bem. B VI, 1 zu § 54; Oertmann S. 82 Ziff. 6 und Bem. 3 a α zu § 54; Endemann S. 205 N. 16; Enneccerus S. 271/72; Goldmann-Lilienthal S. 100/01; Kohler S. 410; v. Tuhr S. 580 ff.; Matthiaß S. 63; Crome, System d. bürgerl. R. Bd. 1 S. 262; Kipp zu Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. 1 S. 259; Gierke, Vereine S. 38 ff., bes. S. 40; Sachau S. 475; Homberger S. 43; RGE. Bd. 63 S. 63; auch (aber mit abweichender Begründung) Dernburg S. 246; and. M. Rehbein S. 43; Hachenburg S. 477; Swart S. 59 ff. Übereinst. speziell für die entstehende G. m. b. H. Staub-Hachenburg Anm. 5 zu § 11 (Staub, HGB. Anm. 5 zu § 200); Liebmann Bem. 9 b zu § 11; and. M. Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 11.

[18]) Gierke a. a. O.; Oertmann a. a. O.; Loewenfeld a. a. O.; Enneccerus a. a. O.; Goldmann-Lilienthal a. a. O.; Kohler S. 409/10; Homberger a. a. O.; dagegen v. Tuhr S. 581.

[19]) über dieses s. oben S. 43 ff.

noch eine persönliche und solidarische Haftung derer, die gehandelt haben, in der Regel also der Geschäftsführer.[20])

Eine derartige Haftung ergibt sich eigentlich schon aus § 54 Satz 2 BGB., denn die entstehende G. m. b. H. ist ein nichtrechtsfähiger Verein. Da diese Auffassung aber, wie früher gezeigt, äußerst streitig ist und es nicht Absicht und Aufgabe des Gesetzgebers war, diese Streitfrage zu entscheiden, so enthält das G. m. b. H.-Gesetz noch eine besondere, dem § 54 Satz 2 BGB. entsprechende Vorschrift für die entstehende G. m. b. H. in § 11 Abs. 2. Hier heißt es, nachdem im Abs. 1 bestimmt ist, daß vor der Eintragung ins Handelsregister die G. m. b. H. als solche nicht besteht: „Ist vor der Eintragung im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch". Eine wörtlich nahezu, inhaltlich völlig übereinstimmende Vorschrift[21]) für die AG. enthält der § 200 Abs. 1 HGB.

An diese Bestimmungen knüpfen sich verschiedene Streitfragen, vor allem die, welche der oben aufgezählten Fälle eines Handelns „im Namen der Gesellschaft" vor der Eintragung durch den § 11 Abs. 2 überhaupt getroffen werden. Insbesondere stehen sich die beiden Ansichten gegenüber, daß § 11 Abs. 2 (bezw. § 200 Abs. 1 HGB.) nur Platz greife, wenn die Eintragung vorgespiegelt sei (Fall 3),[22]) und im Gegensatz dazu, daß die genannten Bestimmungen auf alle Fälle (1—3) rechtsgeschäftlichen Handelns für die Gesellschaft vor ihrer Eintragung anzuwenden seien.[23])

Die letztere Ansicht, der auch die Rechtsprechung[24]) folgt, dürfte die zutreffende sein. Das Gesetz, welches ganz allgemein von einem Handeln „im Namen der Gesellschaft" spricht, bietet

---

[20]) Auch ein Substitut des Geschäftsführers, zu dessen Bestellung mit Spezialvollmacht für ein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft der Geschäftsführer vor der Eintragung in gleicher Weise befugt sein dürfte, wie nach der Eintragung (vgl. Staub-Hachenburg Anm. 4 zu § 35), haftet, sofern er den Geschäftsführer als Vereinsorgan (oder, was dasselbe ist, den Verein), nicht als Individuum vertrat. So mit Bezug auf die gleichbedeutende Vorschrift des § 54 Satz 2 BGB. Gierke, Vereine S. 20 N. 29b; Oertmann S. 172/73; vgl. auch Enneccerus S. 271 N. 11; and. M. Hölder Bem. 3 zu § 54; Nußbaum S. 348.

[21]) vgl. RGE. Bd. 70 S. 301.

[22]) Liebmann Bem. 7 zu § 11; Birkenbihl Bem. 5 zu § 11; Lehmann-Ring Bem. 2 zu § 200; Nußbaum S. 358; Homberger S. 35; Lemle S. 43; Heine in DJZ. 1901 S. 355/56.

[23]) So insbes. Staub-Hachenburg Anm. 6 u. 9 zu § 11; Staub, HGB. Anm. 5, 7, 10, 12 zu § 200; Goldmann Bd. 1 S. 859; Saassen S. 135.

[24]) RG. Bd. 47 S. 1 mit dem Zitat der Mot. zu Art. 181 Abs. 2 preuß. Entw. z. HGB.; RG. v. 22. 3. 1902 in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 848 ff.; RG. v. 4. 12. 1906 in Holdheims MonSchr. Bd. 16 S. 46; BayObLG. bei Holdheim Bd. 11 S. 26; Entsch. d. OLG. Frankfurt a. M. v. 14. 1. 1908 im Recht Bd. 12 S. 178.

keinen Anhalt dafür, daß hierunter nur ein Handeln für die künftige, entstandene G. m. b. H. oder gar nur ein Handeln unter Vorspiegelung der bereits erfolgten Eintragung zu verstehen sei. „Im Namen der Gesellschaft“ handelt der Geschäftsführer auch, wenn er ausdrücklich für die künftige, erst noch zur Entstehung zu bringende G. m. b. H. kontrahiert,[25]) und „im Namen der Gesellschaft“ wird auch dann gehandelt, wenn — der uns hier zunächst beschäftigende Fall 1 — für die entstehende G. m. b. H. als solche, für den nichtrechtsfähigen Verein gehandelt wird; denn auch diese ist schon die „Gesellschaft“; entstehende und entstandene G. m. b. H. sind ja doch dieselbe Körperschaft. Es wird auch praktisch aus dem Verhalten des Vertreters häufig gar nicht zu ersehen sein, ob er für die gegenwärtige entstehende oder für die künftige entstandene G. m. b. H. handelt; er handelt in beiden Fällen „für die Gesellschaft, für die Firma A und B“, wobei noch zu berücksichtigen ist, daß im mündlichen Verkehr der Firmenzusatz „G. m. b. H.“ meist weggelassen wird. Die Grenzen zwischen den oben unterschiedenen Gruppen von Fällen werden sich also vielfach nur schwer feststellen lassen. Daher muß die persönliche Haftung des Handelnden aus § 11 Abs. 2 GmbHG. grundsätzlich für jedes vor der Eintragung erfolgende Handeln für die Gesellschaft und somit auch im hier behandelten Fall 1 eintreten. Daneben bleibt aber auch noch, da es sich in diesem Falle ja um ein Handeln für einen nichtrechtsfähigen Verein handelt, § 54 Satz 2 BGB. anwendbar, was seine praktische Bedeutung z. B. in der durch § 54 BGB. vermittelten, oben S. 48 erwähnten Anwendung der §§ 177—180 GBG. zeigt.

Wie sich die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG. im einzelnen gestaltet, soll am Schluß dieses Paragraphen für alle drei Fälle zusammenfassend besprochen werden.

ad 2. Möglich ist ferner, daß vor der Eintragung der G. m. b. H. Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, bei denen auch — wie im Falle 1 — zwischen den Kontrahenten Klarheit darüber herrscht, daß die G. m. b. H. noch nicht eingetragen ist und als juristische Person noch nicht besteht, die aber in dem Sinne abgeschlossen werden, daß sie nur für und gegen die künftige, durch Eintrag ins Handelsregister erst noch zur Entstehung zu bringende G. m. b. H., nicht für den etwa schon bestehenden rechtsfähigen Verein wirksam sein sollen. Dabei können hier als besondere Gruppe nur solche Rechtsgeschäfte in Betracht kommen, deren Wirksamkeit überhaupt — ausdrücklich oder still-

---

[25]) Über die Einschränkungen, die die Anwendung des § 11 Abs. 2 auf diesen Fall (Fall 2 der oben S. 45 gemachten Einteilung) erleidet, s. unten S. 54.

schweigend — dadurch bedingt ist, daß die G. m. b. H. durch Eintragung zur Entstehung gelangt;[26]) besteht keine solche Bedingung, sollen vielmehr die betreffenden Rechtsgeschäfte auch für den nichtrechtsfähigen Verein der bestehenden G. m. b. H. wirksam sein, sei es ohne weiteres, sei es nur, wenn die Eintragung nicht erfolgt, so liegt der unter Ziff. 1 dieses Paragraphen behandelte Fall vor. Daß solche Vertragsschlüsse für die künftige juristische Person zulässig seien, wird allgemein anerkannt.[27])[28]) Rechtshandlungen für die künftige G. m. b. H. können — ebenso wie die unter 1. behandelten — vorgenommen werden durch alle oder einzelne Gesellschafter, durch besondere Bevollmächtigte oder durch die Geschäftsführer.

Besonders sind als hierher gehörig — weil in ihrer Wirksamkeit stets durch die Entstehung der Gesellschaft bedingt[29]) — zu erwähnen die sogen. „Übernahmeverträge“, d. h. die mit Dritten (Nichtgesellschaftern) geschlossenen Verträge über Übernahme von Vermögensgegenständen durch die G. m. b. H. Eine „Übernahme“ kann auch in der Weise erfolgen, daß die für die übernommenen Gegenstände zu gewährende Vergütung auf Stammeinlagen angerechnet wird; eine solche Übernahme muß gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG. im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein, ist demnach ein Teil des gesetzlichen Gründungsaktes und bezüglich der aus ihr sich ergebenden Rechte und Pflichten, ebenso wie die Festsetzung von Sacheinlagen,[30]) unter dem für die Gründungshandlungen maßgebenden Gesichtspunkt[31]) zu betrachten;[32]) sie kommt also hier, wo es sich um außerhalb der gesetzlichen Gründungsakte für die künftige G. m. b. H, geschlossene Verträge han-

---

[26]) Daraus, daß beide Kontrahenten den Mangel der Eintragung kennen, wird man die Vereinbarung einer solchen Bedingung noch nicht folgern können; vgl. Liebmann Bem. 7 zu § 11; and. M. Birkenbihl Bem. 5 zu § 11.

[27]) Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 11 a. E.; Liebmann Bem. 5 u. 7 zu § 11; Birkenbihl Bem. 5 zu § 11; Lehmann-Ring Bem. 2 zu § 200; Gierke, GenTh. S. 123/24, D. PrivR. S. 487; Entsch. d. OLG. Frankfurt a. M. v. 21. 12. 1908 im Recht 1909 Nr. 147; and. M. Heine in DJZ. 1901 S. 555.

[28]) Zweifel bestehen nur hinsichtlich der Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte für und gegen die entstandene G. m. b. H. Darüber vgl. unten S. 58, 59.

[29]) vgl. Lehmann-Ring Bem. 4 zu § 186; Brand Bem. 4a zu § 186; Goldmann Bem. 17 zu § 186; Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 374, 443, HR. S. 398 N. 4; Homberger S. 37.

[30]) Übernahme gemäß § 5 Abs. 4 GmbHG. und Sacheinlage sind gleich zu behandeln; vgl. Staub-Hachenburg Anm. 29 zu § 5; Parisius-Crüger Bem. 6 zu § 5 (S. 111); Liebmann Bem. 8 zu § 5.

[31]) vgl. oben S. 15, 16.

[32]) vgl. Parisius-Crüger Bem. 6 zu § 5 (S. 108); mit Bezug auf die AG. Staub, HGB. Anm. 4 zu § 186; Makower Bem. IIb, c und IIIb zu § 186, Bem. IIb, 2 zu § 182.

delt, nicht in Betracht. Im Gegensatz zum Aktienrecht, wo bei Strafe der Unwirksamkeit die Festsetzung einer jeden Sachübernahme, sowohl mit wie ohne Vergütungsanrechnung auf Bareinlage, im Gesellschaftsvertrage verlangt wird,[33]) enthält nun das G. m. b. H.-Gesetz für den Fall, daß Vermögensgegenstände von Dritten ohne Anrechnung der Vergütung auf Stammeinlagen übernommen werden, keine solchen Bestimmungen. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß derartige Übernahmeverträge bei der G. m. b. H. überhaupt nicht zulässig wären,[34]) sondern nur, daß sie der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag zu ihrer Gültigkeit nicht bedürfen.[35]) Sie können also auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossen werden und berechtigen oder verpflichten dann die G. m. b. H. unmittelbar mit ihrem Entstehen. Werden Übernahmeverträge im Gesellschaftsvertrage (oder vielleicht schon vor Abschluß desselben[36])) geschlossen, so handeln für die G. m. b. H. die sämtlichen Gesellschafter. Daß sie hierzu befugt sind, ergibt sich aus ihrer Gründereigenschaft; sie rufen die Gesellschaft ins Leben und können dieselbe auch mit Rechten und Pflichten ausstatten.[37]) Nach Errichtung der Gesellschaft werden regelmäßig die Geschäftsführer zum Abschluß von Übernahmeverträgen befugt sein; es handelt sich alsdann nur um eine „Anlage des Gesellschaftskapitals",[38]) die zur Geschäftsführung gehört und unter der Verantwortlichkeit der Geschäftsführer vorgenommen und durch dieselbe gedeckt wird.[39])

Es können aber natürlich auch andere Verträge als Übernahmeverträge durch die Gründer oder Geschäftsführer für die künftige G. m. b. H. und unter der Bedingung der Entstehung derselben abgeschlossen werden. Von den Übernahmeverträgen unterscheiden sie sich ihrem Wesen nach nicht, sondern nur dadurch,

---

[33]) HGB. § 186 Abs. 2 u. 4.

[34]) So Förtsch Bem. 4 zu § 5.

[35]) Staub-Hachenburg Bem. 30 zu § 5; Liebmann Bem. 9 zu § 5; Saassen S. 96 ff.; vgl. Entsch. d. BayObLG. in Holdheims MonSchr. Bd. 11 S. 27.

[36]) Daß dies zulässig sei, bestreitet Liebmann Bem. 9 zu § 5.

[37]) vgl. bezüglich der AG. Cosack, HR. S. 725; Lemle S. 40.

[38]) Staub-Hachenburg Anm. 30 zu § 5.

[39]) Begr. S. 3734; vgl. auch Liebmann Bem. 9 zu § 5; Parisius-Crüger Bem. 6 zu § 5; RGE. Bd. 41 S. 125. — Im Innenverhältnis freilich, den Gesellschaftern gegenüber, werden die Geschäftsführer auf Grund ihrer bloßen Bestellung noch nicht immer befugt sein, so wichtige Rechtsgeschäfte, wie Übernahmeverträge, selbständig abzuschließen. Es wird dazu besonderer, sie ermächtigender Beschlüsse der Gesellschafter bedürfen. Dritten gegenüber hat aber der Mangel einer solchen Ermächtigung auf die Wirksamkeit des Vertrages keinen Einfluß; vgl. § 37 GmbHG.

daß sie nicht auch ohne weiteres für die entstandene G. m. b. H. wirksam sind.[40])

Was die Haftung für Verbindlichkeiten aus solchen Verträgen angeht, so haftet, wenn die G. m. b. H. zur Entstehung gelangt und das Rechtsgeschäft für sie wirksam ist (sei es ipso iure,[41]) sei es infolge Genehmigung durch die G. m. b. H.), die G. m. b. H. allein. Gelangt die G. m. b. H. nicht zur Entstehung, so ist regelmäßig das Geschäft wegen Ausfalls der Bedingung unwirksam; ein Einstehenmüssen der Handelnden für das Existentwerden der Gesellschaft kann nicht angenommen werden, da ja eben dieses Existentwerden als Bedingung, als ungewisses Ereignis, gesetzt ist. Zweifelhaft ist die Sache aber in dem Falle, daß die G. m. b. H. zwar zur Entstehung gelangt, aber die — etwa erforderliche — Genehmigung des Rechtsgeschäfts nicht erteilt. Hier wird man nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden können, ob die Erteilung der Genehmigung — ebenso wie die Entstehung der Gesellschaft — als Bedingung gesetzt war, bei deren Ausfall das Rechtsgeschäft unwirksam sein sollte,[42]) oder ob der für die künftige G. m. b. H. Handelnde für die Genehmigung einzustehen versprach und demnach auch persönlich haftet. Letzteres wird man insbesondere wohl annehmen können, wenn die Geschäftsführer handelten; denn diese sind ja auch nach der Eintragung das Organ, durch welches die G. m. b. H. zu genehmigen hat.

Persönliche Haftung des Handelnden tritt im Falle 2 — ausdrückliches Handeln für die künftige G. m. b. H. —, also nur bei Rechtsgeschäften ein, die zu ihrer Wirksamkeit für und gegen die entstandene G. m. b. H. deren Genehmigung bedürfen, und auch nur dann, wenn die Erteilung dieser Genehmigung nicht als Bedingung der Gültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts vereinbart ist. Gemäß dem oben (S. 50, 51) angenommenen Grundsatze bestimmt sich diese persönliche Haftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG.

Eine Anwendung des § 54 BGB. und eine Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins der entstehenden G. m. b. H. kann

---

[40]) vgl. unten S. 58, 59.

[41]) vgl. im folgenden S. 58.

[42]) In diesem Falle ist geradeso, wie wenn das Entstehen der Gesellschaft einzige Bedingung der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts ist, jede Haftung der Handelnden, sowohl die alleinige im Falle der Unwirksamkeit des Geschäfts für die G. m. b. H. als auch die neben der G. m. b. H. fortbestehende (vgl. unten S. 57) im Falle der Wirksamkeit, als durch Beinbarung mit dem Dritten ausgeschlossen anzusehen. Vgl. RGE. Bd. 32 S. 99; Staub-Hachenburg Anm. 10 zu § 11; Staub, HGB. Anm. 11 zu § 200; Makower Bem. IIb, 3 zu § 200; Ritter Bem. 2 zu § 200; Brand Bem. 2Be zu § 200; Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 442.

natürlich hier niemals in Frage kommen, da nicht für die entstehende, sondern für die künftige, entstandene G. m. b. H. gehandelt worden ist.

ad 3. Endlich ist es denkbar, daß jemand vor der Eintragung der G. m. b. H. Rechtsgeschäfte für dieselbe in der Weise vornimmt, als sei die Gesellschaft bereits eingetragen und bestände als rechtsfähige G. m. b. H., sei es, daß er dabei geradezu eine bereits erfolgte Eintragung vorspiegelt, sei es, daß er nur unterläßt, den anderen auf den Mangel der Eintragung hinzuweisen. Die Mannigfaltigkeit der hierher zu rechnenden Fälle ist groß und ihre Abgrenzung gegen die vorher besprochenen in der Praxis wohl nicht immer leicht.

Daß hier die persönliche Haftung des Handelnden aus § 11 Abs. 2 GmbHG. einzutreten hat, ist ziemlich unbestritten.

Nicht ganz unbestritten, aber immerhin heute als herrschende Meinung zu betrachten ist die, insbesondere vom Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen vertretene Auffassung, daß § 11 Abs. 2 GmbHG. und ebenso § 200 Abs. 1 HGB. keine Anwendungsfälle des allgemeinen Prinzips von der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht[43]) darstellen und daß demnach die dort geltenden Grundsätze hier nicht maßgebend sein können.[44]) Man folgert dies bezüglich § 200 Abs. 1 HGB. u. a. daraus, daß die Art. 298 Abs. 2 u. 55 ADHGB., die die persönliche Haftung dessen bestimmten, der ein Handelsgeschäft als Bevollmächtigter ohne Vollmacht oder als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter ohne Prokura bezw. Handlungsvollmacht schließt, im neuen Handelsgesetzbuche als durch den allgemeinen Grundsatz des § 179 BGB. entbehrlich geworden fortgelassen sind, während die dem heutigen § 200 Abs. 1 HGB. entsprechende Vorschrift des Art. 211 ADHGB. sachlich unverändert übernommen worden ist, was sicherlich nicht geschehen wäre, wenn der Art. 211 (heute § 200 Abs. 1) nur einen Anwendungsfall des allgemeinen Prinzips von der Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht darstellte und somit durch § 179 BGB. überflüssig geworden wäre.[45]) Ganz die gleiche Argumentation trifft auch für § 11 Abs. 2 GmbHG. zu; auch § 11 Abs. 2 ist unverändert in die neue Fassung des G. m. b. H.=

---

[43]) BGB. §§ 177—179.

[44]) RGE. Bd. 47 S. 1 ff., Bd. 55 S. 304, Bd. 70 S. 298, 299, Bd. 72 S. 403/04, Bd. 75 S. 205; RG. v. 22. 3. 1902 in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 848 ff.; RG. v. 4. 12. 1906 in Holdheims MonSchr. Bd. 16 S. 46; Staub=Hachenburg Anm. 9 zu § 11; Förtsch Bem. 6 zu § 11; Lehmann=Ring Bem 2 zu § 200; Brand Bem. 2 B b zu § 200; Homberger S. 35; Lemle S. 43, 44; Saassen S. 135/136.

[45]) vgl. RGE. Bd. 47 S. 3.

Gesetzes v. 20. 5. 1898 übergegangen, muß also wohl eine weitergehende Bedeutung haben als die eines bloßen Anwendungsfalles des Grundsatzes im § 179 BGB.[46]) Der § 11 Abs. 2 GmbHG. ist wie § 200 Abs. 1 HGB. als eine Sondervorschrift zu betrachten, als eine aus „rechtspolizeilichen Gründen" aufgestellte „Strafnorm mit zivilrechtlichen Folgen",[47]) die das Handeln für eine G. m. b. H. (bezw. AG.), die noch nicht besteht, verhüten und Dritte für diesen Fall schützen soll, die demnach lediglich aus sich selbst auszulegen und nicht mit den Grundsätzen über die Haftung des falsus procurator in Verbindung zu bringen ist.

Hieraus ergibt sich die wichtige Konsequenz, daß, da § 179 Abs. 3 BGB. nicht maßgebend ist, die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG. unabhängig ist von der Kenntnis des Dritten von dem Mangel der Eintragung.[48]) Es haftet also z. B. der für die G. m. b. H. unter Vorspiegelung der Eintragung derselben Handelnde aus § 11 Abs. 2 auch dann, wenn der Dritte weiß, daß die Eintragung noch nicht erfolgt ist.

4. Fassen wir unsere Ansicht nochmals zusammen, so tritt die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG. grundsätzlich in allen Fällen ein, in denen vor der Eintragung für die Gesellschaft, die entstehende wie die entstandene, gehandelt wird. Auszunehmen sind nur ausdrücklich für die künftige eingetragene G. m. b. H. abgeschlossene Rechtsgeschäfte, sofern ihre Wirksamkeit vereinbartermaßen durch die Entstehung der G. m. b. H. oder durch die Genehmigung seitens der entstandenen G. m. b. H. bedingt ist (vgl. oben S. 54.

Im einzelnen gilt für die Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG., die natürlich auch und gerade dann eintritt, wenn die G. m. b. H. überhaupt nicht zur Entstehung gelangt, noch folgendes, was aus dem singulären Charakter der Vorschrift sich rechtfertigt.

Zu den „Handelnden" im Sinne des § 11 Abs. 2 gehören nach weitaus überwiegender Meinung nicht nur diejenigen, die wirklich handelnd nach außen aufgetreten sind, sondern auch die, mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem (vorausgehendem) Einvernehmen das betreffende Rechtsgeschäft vorgenommen wurde.[49])

---

[46]) vgl. RGE. v. 22. 3. 1902 in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 853; Förtsch Bem. 6 zu § 11.

[47]) Staub-Hachenburg Bem. 9 zu § 11; Staub, HGB. Anm. 9 zu § 200; RGE. v. 5. 3. 1901 in JurW. 1901 S. 253, 12.

[48]) vgl. außer den S. 55 N. 44 zitierten Entsch. d. RG. v. 19. 2. 1909 im Recht 1909 Nr. 1197; Parisius-Crüger, Bem. 2 zu § 11; Birkenbihl Bem. 4a zu § 11; and. M. Liebmann Bem. 7 zu § 11; Nußbaum S. 358; Heine in DJZ. 1901 S. 355/356.

[49]) So bezüglich der G. m. b. H. Staub-Hachenburg Bem. 13 u. 17 zu § 11; Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 11; Liebmann Bem. 8 zu § 11;

Sie haften als Gesamtschuldner, und zwar, da § 11 Abs. 2 ganz allgemein von ihrer „Haftung" spricht, grundsätzlich auf Erfüllung des Vertrages;[50]) es ist aber zu berücksichtigen, daß der Dritte mit der (entstehenden oder entstandenen) Gesellschaft kontrahieren wollte, und daß demnach die Erfüllung durch den Vertreter meist nicht seinem Interesse entsprechen wird. Daher wird es gerechtfertigt erscheinen, ihm — ähnlich wie nach § 179 Abs. 1 BGB. — ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz zu gewähren.[51])

Dadurch, daß die entstandene G. m. b. H. das Rechtsgeschäft genehmigt uud damit für und gegen sich wirksam werden läßt, werden nach herrschender Ansicht die Handelnden von ihrer persönlichen Haftung noch nicht befreit;[52]) sie haften vielmehr neben der Gesellschaft weiter, es sei denn, daß der Wegfall ihrer persönlichen Haftung für diesen Fall ausdrücklich vereinbart worden ist oder daß der Dritte — ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen — auf die persönliche Haftung der Handelnden verzichtet.

§ 10.

VII. Berechtigung und Verpflichtung der eingetragenen Gesellschaft m. b. H. durch die vor der Eintragung vorgenommenen Rechtsgeschäfte.

Bei der Behandlung der Frage, wieweit nun auch die eingetragene, entstandene G. m. b. H. durch die im Stadium vor der Eintragung vorgenommenen Rechtsgeschäfte unmittelbar berechtigt

---

Förtsch Bem. 5 zu § 11; Saassen S. 137; RGE. Bd. 70 S. 301/02; RGE. v. 19. 2. 1909 im Recht 1909 Nr. 1198; bezüglich der AG. Staub, HGB. Anm. 11 zu § 200; Makower Bem. IIb2 zu § 200; Goldmann Bem. 7 zu § 200; Ritter Bem. 2 zu § 200; Brand Bem. 2Bc zu § 200; RGE. Bd. 55 S. 303 ff.; Rspr. d. OLG. Bd. 6 S. 27, Bd. 10 S. 58; and. M. Birkenbihl Bem. 4 zu § 11; Lehmann-Ring Bem. 2 zu § 200; Homberger S. 36; Haußmann S. 43.

[50]) So Birkenbihl Bem. 4 zu § 11; Goldmann Bem. 9 zu § 200; Ritter Bem. 2 zu § 200; Homberger S. 35; RGE. Bd. 47 S. 2, Bd. 75 S. 205/06.

[51]) vgl. Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 11; Liebmann Bem. 8 zu § 11; RGE. Bd. 72 S. 406; Staub, HGB. Bem. 8 zu § 200; Makower Bem. IIb4 zu § 200; Lehmann-Ring Bem. 2 zu § 200; vgl. bezüglich § 54 BGB. Planck Bem. 5 zu § 54.

[52]) vgl. Staub-Hachenburg Bem. 12 zu § 11; Parisius-Crüger Bem. 2 zu § 11; Saassen S. 136; RGE. v. 4. 12. 1906 in Holdheims MonSchr. 1907 S. 47; RGE. Bd. 72 S. 404/05; Staub, HGB. Anm. 11 zu § 200; Goldmann Bem. 10 zu § 200; Ritter Bem. 2 zu § 200; Brand Bem. 2Be zu § 200; RGE. v. 22. 3. 1902 in Gruchots Beitr. Bd. 46 S. 855; RGE. Bd. 47 S. 3.

und verpflichtet wird, wollen wir unterscheiden zwischen solchen Rechten und Pflichten, welche bereits für die entstehende G. m. b. H. bestehen, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist, die vielmehr erst und ausschließlich für die entstandene G. m. b. H. in Betracht kommen.

1. Auf die Begründung von Rechten und Pflichten lediglich für die eingetragene G. m. b. H. zielen die Rechtsgeschäfte der oben in § 9 unter 2 u. 3 geschilderten Art, d. h. Rechtsgeschäfte, die entweder ausdrücklich für die künftige, erst noch einzutragende G. m. b. H. oder für die G. m. b. H. als eine schon bestehende vorgenommen werden. Unter den ersteren sind die Übernahmeverträge die bedeutsamsten. Es wurde auch bereits ausgeführt, daß zum Abschluß solcher Übernahmeverträge, die — im Gegensatz zum Aktiengesellschaftsrecht — nicht im Gesellschaftsvertrage enthalten zu sein brauchen, zunächst die gründenden Gesellschafter, sodann aber die Geschäftsführer, die man in dieser Beziehung als vor der Eintragung schon vorhandenes Organ der künftigen G. m. b. H. betrachten kann,[1]) befugt sind mit der Wirkung, daß die aus diesen Verträgen entspringenden Rechte und Pflichten unmittelbar mit der Eintragung der G. m. b. H. für diese bestehen, ohne daß es eines Eintritts der Gesellschaft in die betreffenden Verträge bedürfte. Die Pflichten und Rechte aus den Übernahmeverträgen gehören zu den „gültig festgesetzten Daseinsbedingungen, mit denen belastet (bezw. ausgestattet) die Körperschaft geboren wird".[2]) Für alle übrigen für die G. m. b. H. als solche vorgenommenen Rechtsgeschäfte, die keine „Übernahmeverträge" darstellen, gilt dies nicht, gleichviel ob sie mit oder ohne Angabe des Mangels der Eintragung vorgenommen werden.[3]) In anderer Weise als durch Übernahmeverträge (und solche Verträge, die der Gründungshergang notwendig macht[4])) die künftige G. m. b. H. mit unmittelbarer Wirkung rechtlich zu binden, sind die Gründer und die Geschäftsführer nicht befugt. Ihr Handeln ist dann hinsichtlich der Wirkung für und gegen die G. m. b. H. zu betrachten, wie das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht.[5]) Die

---

[1]) Ähnliches gilt bei der AG. für die Gründer; vgl. Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 353ff.; Cosack, HR. S. 724/25; Homberger S. 37; Lemle S. 48.

[2]) Gierke, PrivR. S. 487 N. 23; vgl. Staub, HGB. Anm. 14 zu § 200; Lehmann-Ring Bem. 1 zu § 200; Brand Bem. 4b zu § 186; RGE. Bd. 24 S. 22ff.; RG. in Straff. Bd. 36 S. 73.

[3]) Fall 2 u. 3 des § 9.

[4]) vgl. im folgenden S. 62.

[5]) vgl. Lehmann, Recht der AG. Bd. 1 S. 443. Dem steht das oben S. 55, 56 Ausgeführte nicht entgegen, da dort nur betont wurde, daß mit Bezug auf die persönliche Haftung aus § 11 Abs. 2 GmbHG. keine Heranziehung der Grundsätze von falsus procurator erfolgen dürfe.

Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts für und gegen die G. m. b. H. hängt also von deren Genehmigung (§ 177 BGB.), die durch die dazu berufenen Organe, die Geschäftsführer, zu erteilen ist, ab. Daß, auch wenn die G. m. b. H. das Rechtsgeschäft genehmigt und damit für sich wirksam werden läßt, die persönliche Haftung der Handelnden aus § 11 Abs. 2 GmbHG. regelmäßig fortbestehen bleibt, wurde bereits — oben S. 57 — gesagt.

2. Unter denjenigen Rechten und Pflichten, die nicht erst mit der Eintragung der G. m. b. H. für diese entstehen, sondern schon vorher für den nichtrechtsfähigen Verein bestanden, nehmen eine besondere Stellung ein die Rechte und Pflichten, welche durch die Übernahme von Stammeinlagen seitens der gründenden Gesellschafter im Gesellschaftsvertrage begründet werden. Durch die im Gesellschaftsvertrage enthaltenen Erklärungen der Gesellschafter, Stammeinlagen übernehmen zu wollen, werden — ähnlich wie durch die Aktienübernahme oder -zeichnung — Rechte begründet,[6]) auf seiten der Gesellschaft das Recht auf Leistung der Einlagen usw., auf seiten der Gesellschafter das Recht auf Mitgliedschaft. Diese Rechte bestehen nun bereits für und gegen den noch nicht rechtsfähigen Verein der entstehenden G. m. b. H.; insbesondere bilden die Rechte auf Leistung der Einlagen bereits einen Bestandteil des Vermögens dieses nichtrechtsfähigen Vereins.[7]) Natürlich müssen diese Rechte und Pflichten nun auch auf die eingetragene G. m. b. H. übergehen, und es fragt sich, wie ein solcher „Übergang" rechtlich zu denken ist, allgemein formuliert: wie gehen die Rechte und Pflichten des nichtrechtsfähigen Vereins auf den aus ihm entstandenen rechtsfähigen Verein über?

Nach der Aufstellung von Oertmann[8]) lassen sich hier im allgemeinen drei in der Literatur vertretene Ansichten unterscheiden. Nach der ersten[9]) hat der neue Verein nur einen persönlichen Anspruch auf Übertragung der einzelnen Vermögensstücke gegen die Mitglieder des alten Vereins, und es findet ein stillschweigender Vertrag zwischen den Mitgliedern des alten Vereins und dem neuen Verein statt, durch welchen im Wege der Singularsukzession diese Übertragung, ebenso wie die Schuld- oder wenigstens Erfüllungsübernahme[10]) erfolgt. Nach der zweiten Ansicht[11]) findet

[6]) vgl. oben S. 16, 17.

[7]) vgl. oben S. 43 und die dort N. 24 Zitierten.

[8]) S. 83.

[9]) Hölder, Planck, Dernburg, Biermann S. 483 (§ 135, 1); v. Tuhr S. 589; vgl. auch Reineke in DJZ. 1908 S. 245 ff. und Reichel, Schuldmitübernahme (1909), in Fischers Abhandl. zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 19 S. 267.

[10]) BGB. §§ 329, 415; vgl. Planck zu § 65; Saassen S. 134, 135.

[11]) Gierke, Vereine S. 9; Kohler S. 350 (§ 146); vgl. auch Entsch. d. preuß. OTr. bei Striethorst Bd. 76 S. 138.

Gesamtnachfolge, nach der dritten[12]) endlich überhaupt keine Sukzession, „kein Rechtsübergang, sondern ein Wechsel in der Rechtsnatur des Rechtssubjekts, nicht ein Wechsel des Rechtsträgers" statt.[13])

Unsere Stellung zu dieser Streitfrage ist ohne weiteres gegeben. Wir haben an früherer Stelle (S. 35 ff.) ausgeführt, daß der nichtrechtsfähige Verein und der aus ihm entstehende rechtsfähige Verein bezw. die G. m. b. H. vor und nach der Eintragung nicht zwei verschiedene Wesenheiten, sondern daß sie dieselbe Körperschaft in verschiedenen Stadien ihrer Entwicklung, daß sie „identisch" sind. Von einem „Übergange", von einer Nachfolge, sei es Singular- oder Universalsukzession, kann also nicht die Rede sein.[14]) Es ergibt sich mit Notwendigkeit, daß wir uns der zuletzt genannten Ansicht anschließen müssen.[15])

Demnach bestehen die Rechte und Pflichten, welche vor der Eintragung die entstehende G. m. b. H. hatte, nach der Eintragung ohne weiteres auch für die entstandene G. m. b. H. „Es vollzieht sich einfach eine rechtliche Umwandlung, nicht sowohl in der Person der Vermögensträger als vielmehr in der Art, wie das Vermögen ihnen zuständig ist".[16]) Das Vermögen der entstehenden G. m. b. H., welches tatsächlich bereits als „selbständiges Zweckvermögen"[17]) bestand und nur im Wege eines „konstruktionellen Notbehelfs" (Oertmann a. a. O.) in Gesamthandsvermögen der Gesellschafter umgedeutet werden mußte, ist nunmehr auch juristisch verselbständigt und als Vermögen der G. m. b. H. zu betrachten.[18]) In gleicher Weise tritt an die Stelle der vorherigen gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter „die von vornherein gewollte Haftung der Gesamtpersönlichkeit des Vereins".[19]) Eine sachliche Veränderung der Haftung bedeutet dies nicht, da ja auch die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter vor der Eintragung sich, wie oben S. 49 ff. ausgeführt und wie bei einer entstehenden G. m. b. H. stets anzunehmen ist, auf die Anteile am Gesellschaftsvermögen

---

[12]) Staub-Hachenburg und Staub, HGB.; Oertmann, Loewenfeld S. 183; Hahn in DJZ. 1902 S. 504.

[13]) Staub-Hachenburg Anm. 4 zu § 11.

[14]) vgl. Brand Bem. 2 A a zu § 200; Haußmann S. 77.

[15]) Ebenso Förster-Eccius, Preuß. PrivR. Bd. 4 S. 679; Predari, GBO. 1907 S. 156 Ziff. 11; Rspr. d. OLG. Bd. 2 S. 462, 463, Bd. 6 S. 487. And. M. Saassen S. 127, 128, 134.

[16]) Oertmann S. 83.

[17]) Gierke, Vereine S. 22; vgl. auch v. Tuhr S. 577 u. 81.

[18]) Bezüglich der im Grundbuche eingetragenen Rechte würde es allerdings einer Umschreibung bedürfen, da vor der Entstehung der G. m. b. H. Grundbucheinträge nur auf den Namen sämtlicher Gesellschafter möglich sind; vgl. oben S. 44, 45; Staub-Hachenburg Anm. 4 zu § 11.

[19]) Hahn in DJZ. 1902 S. 504.

beschränkt. Dementsprechend besteht auch die Schwierigkeit, welche Oertmann (S. 83) in der Frage nach dem Rechtsgrund des Fortfalls der persönlichen Haftung der Vereinsmitglieder sieht, bei der G. m. b. H. nicht.

Daß nun insbesondere die Rechte und Pflichten aus der Übernahme von Stammeinlagen unmittelbar für die G. m. b. H. mit ihrer Entstehung begründet sein sollen, entspricht auch ganz offenbar dem Willen der Gesellschafter; denn diese wollten doch bei der eingetragenen G. m. b. H. beteiligt sein und ihre Einlagen in das Vermögen derselben gelangen lassen.[20]) Es ist in dem Wesen der G. m. b. H. als Kapitalgenossenschaft zwingend begründet, daß sie mit Vermögen, mit ihrem Stammkapital ausgestattet zur Entstehung gelangt. Die Rechte und Pflichten aus der Übernahme der Stammeinlagen gehören ebenso wie die Rechte und Pflichten aus Übernahmeverträgen,[21]) ja in noch eigentlicherem Sinne, zu den „Daseinsbedingungen" der G. m. b. H.[22]) und unterscheiden sich von jenen nur dadurch, daß sie durch personenrechtlichen, nicht durch obligatorischen Vertrag begründet sind.

Die gleichen Regeln, wie für die aus der Übernahme von Stammeinlagen entspringenden Rechte und Pflichten, müßten nun grundsätzlich auch für die Rechte und Pflichten gelten,[23]) welche für die entstehende G. m. b. H. durch andere Rechtsgeschäfte der Gesellschafter oder der Geschäftsführer begründet werden können, und dies können, wie oben (S. 46, 47) ausgeführt, Rechte und Pflichten aller Art sein. Wollten wir aber diese letzte Konsequenz aus unserer Auffassung ziehen, so würden wir in Widerspruch geraten mit dem für die G. m. b. H. zwar nicht durch eine gleich strenge Regelung wie für die AG. zum Ausdruck gebrachten, aber doch nicht minder geltenden Grundsatz, daß die Gesellschaft mit dem Vermögen zur Entstehung gelangen muß, das sie nach dem Gesellschaftsvertrage hat, und daß demnach die Gesellschafter oder Geschäftsführer sie nicht im voraus mit Verpflichtungen beliebiger Art belasten dürfen.[24]) Deren Befugnis zum Handeln mit unmittelbarer Wirkung nicht nur für die ent-

---

[20]) vgl. bezüglich der AG. Takaki S. 45.

[21]) vgl. oben S. 58.

[22]) vgl. bezüglich des Vereins nach BGB. v. Tuhr S. 481, 482 Anm. 20; Rehbein S. 41 a. E.

[23]) Dies nimmt in der Tat das OLG. Frankfurt a. M. in der Entsch. v. 21. 12. 1908 im Recht 1909 Nr. 147 an.

[24]) Da dieser Grundsatz nur für die AG. und G. m. b. H. gilt, so ist auch nur hier die Durchbrechung der allgemeinen Regel erforderlich, daß der rechtsfähige Verein unmittelbar mit seinem Entstehen alle Rechte und Pflichten überkommt, die dem voraufgehenden nichtrechtsfähigen Verein zustanden.

stehende, sondern auch für die entstandene G. m. b. H. ist in dieser Hinsicht beschränkt.

Der genannte Grundsatz kann aber begründeterweise nur hinsichtlich der Haftung für die Schulden gelten. Erworbene Rechte werden stets ohne weiteres der G. m. b. H. zustehen, während man mit Bezug auf die Verpflichtung aus den vor der Eintragung vorgenommenen Rechtsgeschäften folgendermaßen zu unterscheiden hat. Ohne weiteres haftet die eingetragene G. m. b. H. aus denjenigen Rechtsgeschäften, welche durch den Gründungshergang notwendigerweise erfordert werden, wie Eingehung eines Dienstverhältnisses mit den Geschäftsführern, Beauftragung eines Notars, aber auch — wodurch der Kreis dieser Rechtsgeschäfte sehr erweitert wird — Verwaltung der Einlagen.[25]) Das ist durchaus gerechtfertigt; denn ohne die Vornahme dieser Rechtsgeschäfte kann eine G. m. b. H. überhaupt oder wenigstens im besonderen einzelnen Falle nicht entstehen. Die aus solchen Rechtsgeschäften stammenden Rechte und Pflichten sind ebenso, wie die aus Übernahmen von Stammeinlagen und Übernahmeverträgen, „Daseinsbedingungen", welche die G. m. b. H. mit ins Leben bringt. Dagegen wird aus allen übrigen vor der Eintragung für die entstehende G. m. b. H. vorgenommenen Rechtsgeschäften diese nicht ohne weiteres mit ihrer Eintragung haften.[26]) Man kann auch in diesen Fällen das Handeln der Gesellschafter oder Geschäftsführer im Verhältnis zur entstandenen G. m. b. H. als Handeln von Vertretern ohne Vertretungsmacht auffassen, so daß die entstandene G. m. b. H. in der Lage ist, die betreffenden Rechtsgeschäfte zu genehmigen und damit unmittelbar für und gegen sich wirksam werden zu lassen.

---

[25]) Staub-Hachenburg Anm. 7 zu § 11; vgl. auch Staub, HGB. Anm. 5 zu § 200; Brand Bem 2 A a zu § 200; Homberger S. 40 III; Lemle S. 42; RGE. Bd. 5 S. 21, Bd. 21 S. 250, Bd. 24 S. 23, Bd. 32 S. 98, Bd. 64 S. 191; Entsch. d. RG. v. 4. 11. 1904 in JurW. 1905 S. 31, 48.

[26]) Damit steht nicht — wie Homberger S. 41 im Hinblick auf die Identität der entstehenden und der entstandenen Gesellschaft meint — im Widerspruch, daß event. die entstehende G. m. b. H. haftet; denn die Berechtigten und Verpflichteten sind hier ja die Gesellschafter persönlich, nicht die nichtrechtsfähige Körperschaft als solche (vgl. Biermann S. 483 Ziff. 1).

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 26. September 1889 bin ich, Erich Heberlein, in Cranz, Kreis Fischhausen (Ostpreußen), geboren. Ich bin katholisch und preußischer Staatsangehöriger. Ich besuchte zunächst eine Privatvorschule und dann das Königl. Gymnasium in Danzig, welches ich Ostern 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ. In Breslau und München studierte ich je zwei und in Berlin drei Semester Rechtswissenschaft. Am 23. Februar 1912 bestand ich beim Königl. Kammergericht in Berlin die erste juristische Prüfung und am 26. Juli 1912 vor der juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau das examen rigorosum. Ich wurde dem Königl. Amtsgericht in Christburg (Westpreußen) zur Ausbildung als Referendar überwiesen. Seit dem 1. Oktober 1912 genüge ich meiner Militärpflicht im Königin-Elisabeth-Garde-Grenadierregiment Nr. 3 zu Charlottenburg.